

Folkemordbestemmelsens hensiktskrav – Romavedtektene og norsk strafferett.

Kandidatnummer: 600

Leveringsfrist: 25.11.2007

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17 565 ord

26.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Emnet og problembeskrivelse.....	1
1.1.1	Folkemord som internasjonal forbrytelse	2
1.1.2	Bakgrunn for oppgavens tema	3
1.2	Videre fremstilling.....	5
<u>2</u>	<u>METODE.....</u>	<u>6</u>
2.1	Rettskildebildet	6
2.1.1	Romavedtektene art. 21	6
2.1.2	Romavedtektene art. 21 nr.1 bokstav a.....	7
2.1.3	Romavedtektene art. 21 nr.1 bokstav b og c	7
2.1.4	Romavedtektene artikkel 21(2).....	9
2.2	Tolkning av Romavedtektene	9
2.3	Den metodemessige tilnærmingen i drøftelsen av den norske straffebestemmelsen om folkemord	10
<u>3</u>	<u>SPECIAL INTENT – RETTSLIG INNHOLD.....</u>	<u>12</u>
3.1	Skillet mellom folkemordbestemmelsens <i>actus reus</i> og <i>mens rea</i>	12
3.2	Den spesielle hensiktens to elementer	12
3.3	Intensjonen må rette seg mot en identifisert og beskyttet gruppe	13
3.3.1	Hvilke grupper er beskyttet av art. 6.....	14
3.3.2	Hvilke grupper blir beskyttet av den norske bestemmelsen om folkemord	16
3.4	Hensikt om å ødelegge, helt eller delvis, gruppen som sådan.....	18
3.4.1	Hvilken grad av ”intent” er påkrevet i Romavedtektene art. 6?.....	18

3.4.2	Hvilken grad av intensjon vil gjelde etter den norske straffebestemmelsen?	21
3.5	Hvilken form for ødeleggelse må hensikten gjelde?	22
3.5.1	Ødeleggelse - norsk rett	26
3.6	"in whole or in part"	28
<u>4</u>	<u>UNNTAK FRA FOLKEMORDBESTEMMELSENS SPESIELLE HENSIKTSKRAV?</u>	<u>32</u>
4.1	Medvirkning.....	32
4.1.1	Medvirkning til folkemord – norsk rett	38
4.2	Overordnedes strafferettslige ansvar.....	40
4.2.1	Kommandoansvaret – norsk rett	44
4.3	Joint criminal enterprise - fellesaksjon.....	46
4.3.1	Joint criminal enterprise – norsk rett	48
<u>5</u>	<u>BEVIS FOR UTRYDDELSHENSIKT</u>	<u>50</u>
5.1	Hvilke bevisfaktorer har blitt vektlagt i praksis?	50
5.2	"Beyond reasonable doubt", jf. Romavedtektene art. 66(3)	51
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>54</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>
7.1	Bøker.....	A
7.2	Artikler og elektroniske dokumenter.....	C
7.3	Forarbeider	E
7.4	Konvensjoner	F

7.5	Domsregister	G
7.5.1	ICTY	G
7.5.2	ICTR	G
7.5.3	Norske dommer:	H
7.5.4	Annen rettspraksis	H

1 INNLEDNING

1.1 Emnet og problembeskrivelse

Denne oppgaven tar for seg de problemstillinger Den Internasjonale Straffedomstolen¹ står overfor når den skal bedømme om en handling er utført med ”intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”, jf. The Rome Statute of the International Criminal Court³ art. 6. Dette skyldkravet blir i litteraturen ofte kalt ”special intent”⁴⁵, og det er nettopp gjerningsmannens intensjon om å ødelegge en utvalgt gruppe som gir forbrytelsen dens særlige alvorlige karakter og gjør den til en internasjonal forbrytelse.⁶

Vurderingstemaet i oppgaven er (i) er hva som rettslig ligger i det spesielle hensiktskravet, *spesial intent*, (ii) om hensiktskravet bare gjelder for de/n som utfører folkemordet, og i så tilfelle, diskusjonen om det er rimelig at det for visse folkemordrelaterte handlinger gjelder en lavere skyldterskel, og (iii) hvilke bevismessige utfordringer et slikt skyldkrav medfører og hvilke retningslinjer som er blitt satt opp av *ad hoc* domstolene for tidligere Jugoslavia og Rwanda om dette⁷. Drøftelsene vil også bli knyttet opp mot rettstilstanden i Norge, med særlig fokus på folkemordbestemmelsen som er på vei inn i norsk rett.

¹ Heretter kalt ”ICC”

² ICC ble opprettet med grunnlag i Romavedtektene, som ble vedtatt 17. juli 1998 og trådte i kraft 1. juni 2002

³ Heretter kalt ”Romavedtektene” eller ”vedtektene”.

⁴ Schabas, 2001, s. 31.

⁵ I oppgaven bruker jeg ulike betegnelser på dette subjektive vilkåret, som alle refererer til det samme: special intent, spesiell hensikt, ødeleggelseshensikt, hensiktskrav, *dolus specialis* og utryddelseshensikt.

⁶ I Report of the International Law Commission (ILC) on the work of its forty-eight session, 1996, s. 44 uttales det at ”the specific intent” er det som er ”the distinguishing characteristic of this particular crime under international law”.

⁷ Heretter kalt ICTY (Yugoslavia) og ICTR (Rwanda)

1.1.1 Folkemord som internasjonal forbrytelse

Det finnes kriminelle handlinger som er så gjennomsyret av ondskap at det får verden til å sperre opp øynene og reagere. Folkemord er utvilsomt en slik handling, og har i flere sammenhenger blitt sett på som konflikters ytterste og mest ondskapsfulle konsekvens. *Ad hoc* tribunalet i Rwanda, ICTR, omtalte folkemord som "the crime of crimes. Forfølgelsene mot jødene under andre verdenskrig, Holocaust, blir ofte sett på som utgangspunktet for begrepet folkemord og forbrytelsens status som en internasjonal forbrytelse.

Begrepet folkemord ble definert i 1944, da den polske juristen Raphael Lemkin publiserte sin studie av nazistenes kriminelle handlinger under okkupasjonen av Europa, *Axis Rule in Occupied Europe*⁸. Likevel er det alminnelig akseptert at det i mange historiske konflikter ble utført angrep mot grupper og minoriteter, som kan klassifiseres som folkemord. Armenerne forsøker fortsatt å få anerkjennelse for at massedeportasjonen, ledet av det ungtyrkiske styret, som ledet til at mellom 1,5 og 2 millioner armenere døde mellom 1915-1917, var et folkemord. Selv om denne konflikten er 90 år gammel, er den fortsatt aktuell og politisk betent. Dette viser at folkemord er en forbrytelse som angår hele verdenssamfunnet. Det viser også viktigheten av at den rammede gruppen oppnår at forbrytelsen mot dem klassifiseres og dømmes som nettopp folkemord, for at gruppen skal ha mulighet til å komme seg videre etter grusomhetene.

Ordet "genocide" er en kombinasjon av det greske ordet *genos* (rase) og det latinske ordet *cide* (drepe). Begrepet ble senere anvendt av anklagere under Nürnberg prosessen, rettsoppgjøret etter andre verdenskrig, men ble ikke skilt ut som en egen forbrytelse eller anvendt av dommerne. Folkemord⁹ ble kodifisert som en internasjonal forbrytelse i 1948 med *the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide*¹⁰ (folkemordkonvensjonen). Det ble ansett som viktig å skille ut folkemord som en selvstendig forbrytelse og ikke bare som en type forbrytelse mot menneskeheten.

⁸ Schabas, 2001, s. 29

⁹ Folkemord ble erklært en internasjonal forbrytelse av FNs generalforsamling i 1946, GA Res 96(I)

¹⁰ Heretter kalt folkemordkonvensjonen

Det første effektive skritt i retning av å etablere et internasjonalt domstolsapparat som kunne straffeforfølge folkemord, var opprettelsen av *ad hoc* tribunalene for det tidligere Jugoslavia (ICTY) i 1993 og Rwanda (ICTR) i 1994. Disse tribunalene ble opprettet av FN's sikkerhetsråd som en internasjonal reaksjon på grusomhetene som fant sted i det tidligere Jugoslavia i perioden 1991-2001 og Hutuenes angrep på Tutsiene i Rwanda i 1994. Disse tribunalene har avsagt flere fellede dommer i saker vedrørende folkemord. Det neste steget var vedtakelsen av Romavedtektene i 1998, som dannet grunnlaget for opprettelsen av Den internasjonale straffedomstolen, ICC.¹¹ Romavedtektene art. 6 om folkemord er i det alt vesentlige en kopi av folkemordkonvensjonens art. II.

1.1.2 Bakgrunn for oppgavens tema

Romavedtektene art. 6 om folkemord består av en materiell gjerningsbeskrivelse (*actus reus*) og en subjektiv gjerningsbeskrivelse (*mens rea*), som begge må være oppfylt for at noen skal kunne dømmes for folkemord. Det som skiller folkemordets *mens rea* fra hva som gjelder ved andre forbrytelser, er at gjerningsmannen må, i tillegg til å ha utvist "alminnelig" skyld¹² i utførelsen av forbrytelsens materielle element, ha handlet med en "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such". Dette intensjonskravet har i litteraturen vært beskrevet som en *dolus specialis*¹³, dvs et kvalifisert forsett.

ICC er den første permanente internasjonale straffedomstol, og skal behandle tilfeller som er så alvorlige at de angår hele verdenssamfunnet som sådan¹⁴. Når et folkemord er begått er det ikke bare individet som er offeret, men gruppen selv, og i ytterste konsekvens hele verdenssamfunnet som står i fare for å bli frarøvet en hel gruppe som utgjør en del av det menneskelige mangfoldet samfunnet består av.

¹¹ Opprettelsen av ICC blir ansett som en meget viktig og kontroversiell milepæl i den internasjonale strafferettens historie, mer om dette i Cassese, 2002.

¹² Det generelle skyldkravet finnes i Roma vedtektenes art. 30, og er et krav om at gjerningsmannen har utført handlingens materielle element "with intent and knowledge".

¹³ Cassese, 2002, s. 338.

¹⁴ Romavedtektene art. 5(1)

Det har hersket stor diskusjon rundt tolkningen av dette hensiktskravet. Romavedtektene er et resultat av et internasjonalt samarbeid, der partene ikke har vært en homogen gruppe med samme verdigrunnlag. ICC har ikke avsagt noen dommer om folkemord foreløpig og er heller ikke blitt forelagt noen saker vedrørende folkemord. ICTY og ICTR var de første internasjonale domstolene som behandlet saker om personlig straffeansvar for folkemord. Det faktum at dette straffeansvaret er såpass nytt og at begrepet folkemord er et dynamisk begrep som endrer seg med tiden, innebærer at det foreligger en del usikkerhet i forhold til status og utviklingen av gjeldende rett på området. Dessuten har ordet folkemord eller ”genocide”, ofte vært brukt i media politiske uttalelser i en videre betydning enn den strengt rettslige. Et eksempel i så måte er situasjonen i Darfur (Sudan), hvor det har herjet borgerkrig siden 2003. Antall dødsfall som følge av konflikten anslås til å være rundt 2 millioner, hvorav de fleste er ikke-arabiske svarte afrikanere som har blitt angrepet av såkalte Janjaweed-grupper med støtte fra regjeringen. Det som skjer i Darfur har med store overskrifter i media og politiske sammenhenger vært omtalt som folkemord i media og også i politiske sammenhenger. Men en rapport fra *United Nations International Commission of Inquiry on Darfur* har konkludert med at hendelsene i Darfur er forbrytelser som bør forfølges av ICC, men at det ikke dreier seg om et folkemord. Kommisjonen fant at “the intent of the attackers was not to destroy an ethnic group as such, or part of the group”, selv om det materielle elementet for folkemord var klart oppfylt¹⁵.

Det er også et interessant perspektiv å se hvordan folkemordets spesielle hensiktskrav vil bli dekket i norsk rett. Norge er en av de 105 statene som har ratifisert Romavedtektene¹⁶. Justisdepartementet uttaler i forbindelse med sitt forslag til et nytt kapittel i straffeloven om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser at det tas sikte på at bestemmelsene skal tre i kraft fra 1. januar 2008¹⁷. ICC opererer etter det såkalte komplementaritetsprinsippet, jf. Romavedtektene art. 17. Essensen i dette prinsippet er at

¹⁵ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General s. 131.

¹⁶ Norge ratifiserte 16. feb. 2000

¹⁷ Pressemelding nr. 35, fra Justisdepartementet, april 2007.

forbrytelsene skal forfølges i medlemsstatene selv, og bare overføres til ICC hvis statene mangler evne eller vilje til å forfølge dem¹⁸. Behovet for en egen norsk straffebestemmelse om folkemord ble understreket da Rwandadomstolen i 2006 kom til at saken mot Michel Bagaragaza, som var tiltalt for folkemord, ikke kunne overføres til Norge. Begrunnelsen var nettopp at Norge ikke hadde en straffebestemmelse som dekket folkemord¹⁹, og at den alminnelige drapsbestemmelsen ikke ville kunne ta nok hensyn til forbrytelsens alvor.

Det skal også nevnes at folkemordbestemmelsens spesielle hensiktskrav fører med seg andre utfordringer enn bare tolkningsmessige, nemlig store bevismessige utfordringer. Dissee drøftes nærmere i kapittel 6.

1.2 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg gjøre rede for metodebruken i oppgaven. I kapittel 3 gjør jeg rede for det rettslige innholdet i folkemordets hensiktskravet. Spørsmålet om det finnes noen unntak fra folkemordbestemmelsens strenge hensiktskrav drøftes i kapittel 4. I kapittel 5 ser jeg på utfordringene som melder seg når anklageren skal føre bevis for den spesielle hensikten. Drøftelsene i kapittel 3 og 4 knyttes opp mot den norske rettstilstanden på området. En oppsummering av oppgaven gjøres i kapittel 6.

¹⁸ For en grundig fremstilling av komplementaritetsprinsippet, se Stigen (2006)

¹⁹ Prosecutor v Bagaragaza, Decision on the prosecution motion for referral to the Kingdom of Norway, ICTR

2 METODE

2.1 Rettskildebildet

Siden hoveddelen av oppgaven ligger innenfor folkerettens område, er utgangspunktet den folkerettslige metode. Oppgavens tema hører imidlertid, mer spesielt, til den internasjonale strafferetten, noe som gjør den metodemessige tilnærmingen annerledes enn i en tradisjonell folkerettslig drøftelse. Dette viser seg først og fremst ved tolkningen av de relevante bestemmelsene. Før vedtagelsen av Romavedtektene hersket det tvil om den internasjonale strafferetten tilfredstilte legalitetsprinsippets krav til klarhet og forutsigbarhet. Romavedtektene går langt i å fremme klarhet og blir i juridisk litteratur²⁰ omtalt som et strafferettslig system på nivå med den nasjonale strafferetten. I dag er Romavedtektene den internasjonale strafferettens hovedkilde. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i pkt. 2.1.2.

En del av oppgaven drøfter hvordan den norske folkemordbestemmelsen kommer til å bli utformet og om det kan tenkes å oppstå avvik i den norske rettsanvendelsen på området fra det som gjelder for ICC. Denne drøftelsen er en syntese mellom internasjonal folkerett/strafferett og norsk strafferett, noe som medfører et litt annet metodisk perspektiv enn hva som gjelder i en drøftelse som er rent internasjonal. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i pkt. 2.3

2.1.1 Romavedtektene art. 21

I Romavedtektene art. 21 reguleres de relevante rettskildene og hvilken innbyrdes prioritet rettskildene skal ha. I tredje ledd gis det anvisning på hvordan vedtektene skal tolkes. Dette kommer jeg nærmere tilbake til i pkt. Art. 21 lyder:

²⁰ Werle, 2005, s. 44-45.

1. The Court shall apply:
 - (a) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;
 - (b) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;
 - (c) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.
2. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.
3. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.

2.1.2 Romavedtektene art. 21 nr.1 bokstav a

Det følger av bokstav a at primærkildene for ICC er Romavedtektene, *Elements of Crimes* og *Rules of Procedure and Evidence*. Selv om det gis inntrykk av at disse tre rettskildene er likeverdige, fremgår det av andre steder i vedtektene at *Elements of Crimes* og *Rules of Procedure and Evidence* skal vike for selve vedtektene motstrid. Romavedtektene er derfor det naturlige rettskildemessige utgangspunktet når folkemordbestemmelsen skal tolkes. *Elements of Crimes* benyttes som supplerende rettskilder i oppgaven.

2.1.3 Romavedtektene art. 21 nr.1 bokstav b og c

ICJ²¹ art. 38(1) lister opp tre rettskilder som er alminnelig anerkjent som de primære rettskildene i folkeretten. Listen inkluderer internasjonale traktater, folkerettslig sedvane og alminnelige rettsprinsipper som er anerkjent i de fleste rettssystemer. Romavedtektene art. 21 nr. 1 bokstav b lister opp ICCs sekundære rettskilder. Denne bestemmelsen korresponderer i hovedtrekk med ICJ art. 38, til tross for at ordlyden er original og

²¹ International Court of Justice

annerledes enn den i ICJs bestemmelse. Folkerettslig sedvane er ikke uttrykkelig nevnt som en rettskilde, men er naturlig omfattet av referansen til ”principles and rules of internationally law”. I bokstav c nevnes alminnelige rettsprinsipper som en rettskilde. Disse er rettskilder som kan benyttes hvis rettskildene som listes opp i a og b ikke strekker til i den aktuelle sak.

I denne oppgaven har jeg dessuten lagt vekt på ulike kilder som alle er ansett som alminnelig relevante i folkeretten, jf. Romavedtektene art. 21 nr.1 bokstav b og ICJ art. 38(1). I flere drøftelser trekker jeg f.eks inn folkemordkonvensjonen. Denne må utvilsomt sees som en relevant traktat hva gjelder folkemordbestemmelsen, ettersom ICC art. 6 i hovedtrekk er identisk med bestemmelsen i folkemordkonvensjonen.

Individuelt straffeansvar for folkemord er en bestemmelse med *jus cogens* status²². Flere steder drøfter jeg hvorvidt folkemordbestemmelsen, slik den har vært anvendt av *ad hoc* tribunalene og slik den er utformet i Romavedtektene art. 6, samsvarer med bestemmelsen slik den har utviklet seg som folkerettslig sedvane.

Legalitetsprinsippet er fundamentale prinsipp i folkeretten. Dette er lagt til grunn i bl.a. EMK²³ art. 7 og SP²⁴ art. artikkel 15. Prinsippet er også tatt inn i Romavedtektene art. 22. I oppgaven berøres legalitetsprinsippet flere ganger, særlig i kapittel 5 om unntak fra hensiktskravet i Romavedtektene art. 6.

Som sekundære rettskilder angir ICJ art. 38 (1) rettspraksis og teori. Jeg har i utstrakt monn vist til både juridisk teori og rettspraksis. ICC er en relativ ny institusjon og den internasjonale strafferetten er ung, noe som gjør at det er få rettskilder å støtte seg til. Juridisk teori har dermed blitt en viktig rettskilde for denne oppgaven. Jeg kommer nærmere tilbake til vekten av rettspraksis som rettskilde i pkt 2.1.4.

²² slått fast av ICJ i 1951.

²³ Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

²⁴ FNs konvensjon om Sivile og Politiske rettigheter

ICJ art. 38 gir ikke noen uttømmende liste over folkerettens rettskilder, og i oppgaven har jeg benyttet meg av flere rettskilder enn de som er nevnt der. Ved flere anledninger viser jeg til reelle hensyn ved mine drøftelser. Reelle hensyn er ikke nevnt som en rettskilde i verken Romavedtektene eller ICJ art. 38. Likevel har ICJ ved flere anledninger lagt vekt på reelle hensyn ved sine avgjørelser. I Corfu Channel saken fra 1949 bygger ICJ retten sin avgjørelse på b. la "elementary considerations of humanity".²⁵

2.1.4 Romavedtektene artikkel 21(2).

Grunnet Domstolens korte levetid, finnes det ennå ingen rettspraksis fra ICC angående folkemordforbrytelsen. Jeg har imidlertid gjort utstrakt bruk av praksis fra ICTY og ICTR. Selv om rettspraksis fra *ad hoc* domstolene ikke er nevnt som rettskilder i Romavedtektene art. 21(2), representer denne praksisen de første eksemplene på hvordan en internasjonal domstol avgjør om noen er individuelt straffeansvarlig for folkemord. I så måte er avgjørelsene høyst relevante veiledere og sterke indikatorer på hvordan ICC kommer til å anvende sin artikkel 6 i fremtiden.

2.2 Tolkning av Romavedtektene

Romavedtektene art. 21(3) slår fast at vedtektene skal tolkes i samsvar med internasjonalt anerkjente menneskerettighetene. Utover dette gis ingen anvisning på hvordan vedtektene skal tolkes. I *The Vienna Convention on the Law of Treaties*²⁶ (Wienkonvensjonen), fra 1969, angis tolkningsregler for traktater. De sentrale bestemmelsene er art. 31 og 32. Prinsippene som disse bestemmelsene uttrykker er anerkjent som folkerettslig sedvane²⁷.

Artikkel 31(1) lyder:

²⁵ ICJ, The Corfu Channel case, Judgement of 9. april, 1949, s. 22

²⁶ Heretter kalt Wienkonvensjonen

²⁷ Libya v Chad, ICJ Reports (1994, s. 4, avsnitt 41).

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”

Utgangspunktet for tolkningen er altså ordlyden. Traktaten skal tolkes i god tro og i samsvar med den naturlige språklige forståelsen. Tolkningen skal skje i lys av både formål og kontekst. Det følger av art. 31(2) at Romavedtektenes preambel og sluttakt²⁸ skal regnes som deler av konteksten. *Elements of Crimes* og *Rules of Procedure and Evidence* vil være ”subsequent agreement” som også kan være relevante for tolkningen, jf. art. 31(3). Som sekundære rettskilder nevner Wienkonvensjonen art. 32 forarbeider og omstendigheter rundt avtaleinngåelsen. Tolkningsreglene i konvensjonen er mer å anse som retningslinjer enn rigide regler²⁹.

Som nevnt kommer legalitetsprinsippet til uttrykk i Romavedtektene art. 22(2) som bestemmer at tolkningstilstand skal komme tiltalte til gode. ”In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted”. Wienkonvensjonen art. 31 og 32 tar ikke høyde for særegenhetene som gjelder spesielt på strafferettens område. Resultatet er at det i visse tilfeller kan bli en konflikt mellom strafferettens ukrenkelige prinsipper og den formålstolkningen som Wienkonvensjonen legger opp til. I denne oppgaven hvor temaet er individuelt straffeansvar for folkemord, vil restriktiv tolkning i samsvar med legalitetsprinsippet være et *lex specialis* prinsipp.

2.3 Den metodemessige tilnærmingen i drøftelsen av den norske straffebestemmelsen om folkemord

I tradisjonell norsk rettskildelære har vi et antall ulike rettskildefaktorer som kan vektlegges i rettanvendelsen³⁰. Blant disse står lovteksten øverst, og er det naturlige utgangspunktet for rettsanvendelsen. Deretter kommer lovforarbeider og annet

²⁸ Final Act, datert 17. juli 1998

²⁹ Ruud og Ulfstein, 2006 s.70

³⁰ Eckhoff, s. 23, Andenæs, 1997 s. 56.

bakgrunnsstoff, etterfulgt av rettspraksis. Reelle hensyn er også anerkjent som en rettskildefaktor. Denne delen av oppgaven er spesiell metodemessig ettersom lovbestemmelsen ennå ikke er trådt i kraft. Grunnlaget for drøftelsene her er høringsuttalelser³¹ og lovforslag³² om innføring av en norsk straffebestemmelse om folkemord. Lovforarbeiders rettskildestatus styres av et trinnhøydeprinsipp³³, hvor det dokumentet som ble utferdiget sist går foran et eldre ved motstrid. I oppgaven legger jeg derfor størst vekt på uttalelsene i Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) som er nyere enn uttalelsene i høringsnotatene.

³¹ Høringsnotat april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen av NOU 2002: 4

³² Ot. prp. nr.8 (2007-2008)

³³ Om trinnhøydeprinsippet: Andenæs, 1997, s. 31.

3 *Special intent* – rettslig innhold

3.1 Skillet mellom folkemordbestemmelsens *actus reus* og *mens rea*

Alle artiklene i Romavedtektene inneholder objektive og subjektive vilkår for straff. Den objektive gjerningsbeskrivelsen blir gjerne referert til som bestemmelsens *actus reus*, ”den skyldige handling”. For å oppfylle folkemordbestemmelsens *actus reus*-krav, må en person utføre en eller flere av de handlingene som er listet opp i art. 6 (a)-(e). De subjektive vilkårene, skyldkravet, blir ofte referert til som bestemmelsens *mens rea*, ”det skyldige sinn”. Dette er kravet som stilles til gjerningsmannens mentale innstilling til handlingen. Folkemordbestemmelsens *mens rea*-krav er todelt: Kravet om *general intent*³⁴ og kravet om *special intent*.

Romavedtektenes generelle *mens rea*-standard finnes i art. 30. En gjerningsmann må begå en av handlingene listet opp i art. 6 (a)-(e) med ”intent and knowledge”. Art. 30 innleder med ordene ”unless otherwise provided”, og det er nettopp disse ordene som åpner for kravet om ”special intent” i art. 6.

3.2 Den spesielle hensiktens to elementer

For at ICC skal kunne dømme noen for folkemord, må det bevises utover rimelig tvil at gjerningsmannen, i tillegg til å ha handlet forsettlig i sin overtredelse av de objektive elementene, jf. art. 30, har handlet med en ”intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”. Dette spesielle hensiktskravet kan videre deles i to elementer³⁵, som begge må være til stede før person kan sies å ha handlet med den nødvendige intensjonen som kreves for folkemord. For det første må handlingene og intensjonen om å ødelegge, helt eller delvis, rette seg mot en identifisert, og av art. 6

³⁴ Romavedtektene art. 30

³⁵ Prosecutor v Goran Jlesic, *Trial Chamber*, ICTY, para. 66

beskyttet gruppe (3.2), og for det andre må gjerningsmannen ha begått den kriminelle handlingen med en hensikt om å ødelegge gruppen, helt eller delvis, som sådan, jf. art. 6 (3.3).

3.3 Intensjonen må rette seg mot en identifisert og beskyttet gruppe

Et hovedpoeng for folkemord er at gjerningsmannens valg av ofre verken er tilfeldig eller motivert av et ønske om å ramme individene enkeltvis. Det er offerets "membership [] in a particular group" som er det "decisive criterion in determining the immediate victims of the crime of genocide"³⁶. Altså har handlingene en diskriminerende natur, der ofrenes gruppetilhørighet er det avgjørende kriteriet for angrepet og ikke ofrenes individuelle kjennetegn.

"Persecution", eller forfølgelse, er en del av *actus reus* for forbrytelser mot menneskeheten, jf. Romavedtektene art. 7.1 (h). Her blir også ofrene valgt ut ifra diskriminerende kriterier, der ofrenes gruppetilhørighet er avgjørende. *Actus reus* for folkemord og "persecution", kan i mange tilfeller overlappe hverandre. I så måte kan en forfølgelse som er utført med "the intent to destroy, in whole or in part" en gruppe som sådan, både kunne subsumeres under art. 6 som folkemord og under art. 7 (h) som forbrytelse mot menneskeheten. Art. 7 inneholder dog et krav om at handlingene begås som en del av et "widespread or systematic attack". I teorien kan et folkemord, eller forsøk på det, begås av én person og, veldig teoretisk, bestå av én enkelt handling. Et slikt tilfelle vil dog medføre store bevismessige utfordringer, jf. oppgavens kap 6.

³⁶ Jelesic, op. cit., para 67

3.3.1 Hvilke grupper er beskyttet av art. 6

Etter Romavedtektene art. 6 er det ”national, ethnical, racial or religious groups” som er beskyttet. Spørsmål som må besvares er (a) om denne listen av grupper er uttømmende og (b) hvordan disse gruppene skal defineres.

(a) Når det gjelder drøftelsen om listen over grupper er uttømmende er Akayesu-saken interessant. Akayesu var den første som ble dømt for folkemord av en internasjonal domstol, og dommen har blitt ansett for å anvende kontroversielle og ekspansive tolkninger av folkemordbestemmelsens ulike deler³⁷. Dommerne tok utgangspunkt i hva de mente var intensjonen til forfatterne av folkemordkonvensjonen. Domstolen fant at ”the intention of the drafters of the Genocide Convention [...] according to the *travaux preparatoires*, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group”³⁸. Med utgangspunkt i dette kommer *Trial Chamber* til at listen over grupper (i ICTR-vedtektene) ikke er uttømmende; også andre stabile grupper som faller utenfor ordlyden må inkluderes. Dommerne la til grunn at politiske og økonomiske grupper var bevisst holdt utenfor listen over beskyttede grupper. Det avgjørende kriteriet for å være en beskyttet gruppe ble ansett for å være om medlemskap i gruppen er av en slik karakter at det automatisk følger en person ved fødselen, og ikke er noe man kan velge å gå inn og ut av.

Retten kom imidlertid til at Tutsiene var omfattet av bestemmelsens begrep ”etnisk gruppe”. Synspunktet om at listen over grupper ikke er uttømmende har blitt stående som kontroversiell; det er blitt kritisert som for ekspansivt og er ikke blitt fulgt opp i andre saker, verken ved ICTR eller ICTY³⁹. Det kan nok også med rette spørres om en slik tolkning ikke går på tvers av intensjonene bak folkemordkonvensjonen. Politiske og økonomiske grupper ble bevisst holdt utenfor, og tanken var trolig at når det gjelder en så alvorlig forbrytelse som folkemord, så må det settes klare og forutsigbare grenser for hvilke grupper som er beskyttet. ICTRs resonnement i Akayesu-saken ville innebære at

³⁷ Cassesse, 2002, s. 346.

³⁸ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para. 428-429

³⁹ Schabas, 2006, s.168

permanente grupper som kvinner, handikappede og lignende ville vært beskyttede grupper etter folkemordbestemmelsen. På den annen side kunne man vel hevde at det ville vært en rimelig utvidelse, og at avgjørelsen av om en person er ansvarlig for folkemord eller ikke, bør baseres på hvorvidt personen hadde en utryddelseshensikt, og ikke hvilken gruppe denne hensikten rettet seg mot.

Alt i alt var det neppe meningen i 1948 å gi bestemmelsen et så vidtgående anvendelsesområde. Internasjonale straffebestemmelser vedtas som resultat av kompromissløsninger mellom medlemsstatene, og mye taler for at man ved inngåelsen av folkemordkonvensjonen mente å lage en uttømmende liste over beskyttede grupper. Det er også et spørsmål om ikke legalitetsprinsippet er til hinder for denne typen utvidende tolkning. I Romavedtektene art. 22(2) kommer prinsippet til uttrykk gjennom et forbud mot analogisk tolkning⁴⁰.

Til tross for at synspunktene i Akayesu-saken om at listen over beskyttede grupper ikke er uttømmende ikke er blitt fulgt opp i senere saker for *ad hoc*-tribunalene, kan saken likevel sees på som et eksempel på hvordan en domstol forsøker å tilpasse klassiske regler til den aktuelle sak. Folkemordbestemmelsen reflekterer etiske normer, og slike normer er dynamiske over tid. Folkemordbegrepet i dag og i fremtiden, slik det utvikler seg i takt med ulike konflikter og grusomheter, er kanskje ikke det samme som for 60 år siden. Dette perspektivet er det viktig at ICC har for øye i sin rettsanvendelse, slik at folkemord-institusjonen til en hver tid reflekterer verdenssamfunnets behov og oppfatninger. Chalk og Johansson argumenterer for å inkludere politiske og sosiale grupper i sin bok *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies*. De begrunner dette slik: "Genocide is a form of one-sided mass killing in which a state or other authority intends to destroy a group as that group and membership in it are defined by the perpetrator"⁴¹

⁴⁰ Gerhard Werle, 2005, para 586: " This interpretation rightly failed to be affirmed in subsequent case law. The inclusion of all stable groups does not conform to the wording of article 6 of the ICC Statute and therefore violates the principle of legality (nullum crimen sine lege).

⁴¹ Chalk, 1990, s.34.

b) Som nevnt har ikke synspunktene som kom til uttrykk i Akayesu-saken blitt fulgt i *ad hoc*- tribunalenes etterfølgende praksis. Men selv om gruppehenvisningen i folkemordbestemmelsens nå regnes for å være uttømmende, kan det melde seg utfordringer når de beskyttede gruppene skal defineres i konkrete saker.

I Kristic-saken⁴² for ICTY, kom retten til at ofrene var medlem av den nasjonale gruppen "bosniske muslimer". Retten mente at de beskyttede gruppene måtte tolkes i samsvar med den aktuelle konteksten, nemlig det internasjonale samfunnets interesse i å beskytte nasjonale minoriteter. Denne tilnærningsmåten skiller seg fra den som ble lagt til grunn i Akayesu-saken, men begge sakene er eksempler på at den internasjonale strafferetten ikke bare reflekterer tomme symboler men utvikler seg i takt med det virkelige liv.

Både ICTR og ICTY har beveget seg mot en mer subjektiv tilnærming av problemstillingen om hvilke grupper som er beskyttet av folkemordbestemmelsen. Hvis ofrene selv, eller gjerningsmennene, anser at gruppen eksisterer, har retten sett på dette som sterke indikasjoner for at det er snakk om en gruppe som er beskyttet. Tribunalene har analysert bestemmelsen fra sak til sak, både med hensyn til subjektive og objektive elementer. Poenget synes å være at gjerningsmannen har valgt ut offeret nettopp pga. tilhørigheten til gruppen. En slik tilnærming virker rimelig og er en linje man nok kan forvente at også ICC kommer til å følge.

3.3.2 Hvilke grupper blir beskyttet av den norske bestemmelsen om folkemord

Som sagt i innledningen er en folkemordbestemmelse på vei inn i norsk straffelov. I høringsnotatet fra Justisdepartementet i april 2007⁴³ hvor høringsinstansene kom med sine merknader til høringen fra NOU 2002: 4, blir de forskjellige deler av bestemmelsen diskutert. Justisdepartementets lovavdeling gjør rede for hva som den anser som gjeldende rett på området. Her bemerkes det at Akayesu-saken bryter med det tradisjonelle synet at

⁴² Kristic, *Appeals Chamber*, ICTY, para.559

⁴³ Høringsnotat april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen av NOU 2002: 4

bare de oppregnede gruppene, nemlig ”national, ethnical, racial or religious groups”, jf. folkemordkonvensjonen art. II og ICTR-vedtektene art. 2, er beskyttet.

Departementet illustrerer problemstillingen med at en slik tilnærming ville medført at ”utryddelse av for eksempel psykisk utviklingshemmede eller homofile kunne karakteriseres og behandles som folkemord, mens det ville falle utenfor definisjonen i folkemordkonvensjonen”⁴⁴. Departementet bemerker at linjen fra Akayesu-saken ikke ser ut til å ha fått gjennomslag. Det uttales videre at det er ”ønskelig” at norsk rett stemmer mest mulig med den rådende oppfatning i folkeretten av hva som utgjør folkemord. Departementet viser til ordet ”genocide”, og peker på at ”genos” betyr folk, rase eller art, noe som indikerer at det er et ”folk” man tar sikte på beskyttes ved bestemmelsen, ikke andre stabile grupper med felles kjennetegn”⁴⁵. I det påfølgende lovforslaget, Ot. prp. nr.8 (2007-2008) gjøres det rede for at enkelte av høringsinstansene er uenige i at andre grupper enn de opplistede i folkemordbestemmelsen skal holdes utenfor⁴⁶. Departementet går inn for å videreføre det som ble lagt til grunn i høringsnotatet fra april 2007, nemlig at den norske straffebestemmelsen om folkemord ikke bør omfatte angrep på andre grupper enn de fire som er uttrykkelig nevnt i Romavedtektene art. 6. Departementet bemerker at det er innstilt på å ta spørsmålet opp til ny vurdering hvis den folkerettslige oppfatning av hva som er folkemord endrer seg⁴⁷.

Etter dette synes utgangspunktet klart: den norske straffebestemmelsen om folkemord kommer bare til å omfatte de fire beskyttede gruppene. Dommene fra ICTY og ICTR viser likevel at det ikke er uproblematisk å definere hva som avgjør om en gruppe faller inn under en av de fire beskyttede gruppene eller ikke. Tribunalene har som nevnt gradvis antatt en mer subjektiv tilnærmingsmåte og tolket gruppene ut fra et mer kontekstuellt perspektiv, og uten at det nevnes i høringsnotatet eller i lovforslaget er det rimelig å anta at

⁴⁴ Høringsnotat april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen av NOU 2002: 4, s. 29

⁴⁵ Ibid, s. 29

⁴⁶ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s. 79: Amnesty International, Den norske Helsingforskomité og Barneombudet mener at gruppe definisjonen bør utvides til å gjelde andre stabile grupper enn de opplistede.

⁴⁷ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s. 79

dette er en linje også norske domstoler vil følge ved tolkningen av den kommende norske straffebestemmelsen om folkemord.

3.4 Hensikt om å ødelegge, helt eller delvis, gruppen som sådan.

Når retten har slått fast at det objektive gjerningsinnholdet i Romavedtektene art. 6 er oppfylt og at hensikten rettet seg mot en de beskyttede gruppene (se kapittel 3), er neste skritt å undersøke om utryddelseshensikten er til stedet. Nedenfor vil jeg drøfte (i) hvilken grad av "intent" som kreves, dernest (ii) hvilken form for ødeleggelse er det hensikten må gjelde, herunder hva som ligger i "in whole or in part" og (iii) hvilken betydning ordene "as such" i art. 6 har.

3.4.1 Hvilken grad av "intent" er påkrevet i Romavedtektene art. 6?

ICC er et internasjonalt samarbeid på strafferettens område, hvor medlemsstatene bærer med seg mer eller mindre ulike tradisjoner og verdigrunnlag fra sine nasjonale strafferettssystemer. Dette innebærer at et ord som "intent" ikke nødvendigvis gir ensartede assosiasjoner hos alle dommere og øvrige jurister i ICC. Også ved ICTY og ICTR har det hersket en del usikkerhet hva som er gjeldende rett med hensyn til "special intent"⁴⁸ eller "dolus specialis"⁴⁹, nærmere bestemt hvilken *grad av hensikt* som kreves for at skal kunne sies å ha hatt "special intent". Anklagerne i Jelesic-saken anket dommen *Trial Chamber* til *Appeals Chamber* i ICTY, og en av ankegrunnene var feil lovanvendelse med hensyn til hvilken grad av "intent" som kreves etter folkemordbestemmelsen. Anklagerne mente at retten hadde tolket feil da den uttalte at bestemmelsen "includes the dolus specialis standard, and not the broader notion of general intent"⁵⁰. Anklagerne fikk imidlertid ikke medhold i ankesaken.

⁴⁸ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, 1998, paras. 498, 499, 510, 517
Prosecutor v Kristic, *Appeals Chamber* ICTY paras 20, 35, 37, 133, 134, 140-143.

⁴⁹ Akayesu, op. cit, paras. 121, 226, 227, 245, 268

⁵⁰ Prosecutor v Jelesic, *Appeals Chamber*, ICTY, para. 11

I Sikirica-saken for ICTY uttalte retten at den fant diskusjonen rundt ”special intent” unødvendig. Retten mente nemlig at ”the meaning of intent is made plain”⁵¹ i ordlyden. Diskusjonen om hvilken grad av hensikt som kreves har i realiteten dreid seg om hvorvidt gjerningsmannen må ha hatt såkalt hensiktsforsett (*dolus directus*), eller om det er tilstrekkelig at han har hatt såkalt visshetsforsett (*dolus indirectus*) med hensyn til uttryddelsen. Anklagerne i Jelesic-saken hevdet at visshetsforsett var tilstrekkelig. Det ville bety at kunnskap om at ødeleggelse av gruppen ville være konsekvensen av handlingen, uten en hensikt om å oppnå denne konsekvensen, ville vært tilstrekkelig. I Romavedtektene art. 30 kan det synes som om en slik kunnskapsbasert standard blir lagt til grunn. Etter art. 30 har en person handlet med tilstrekkelig ”intent” ”in relation to a consequence” hvis personen ”means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events” (min uthevning). Ordene ”is aware” og ”will occur” gjør at det virker som at ”special intent” i utgangspunktet omfatter både hensiktsforsett (*dolus directus*) og visshetsforsett (*dolus indirectus*), men ikke sannsynlighetsforsett eller eventuelt forsett.

En slik tolkning har imidlertid ikke fått gjennomslag i *ad hoc*-tribunalenes praksis. Som nevnt ga ikke *Appeals Chamber* i Jelesic-saken anklagerne medhold i at ”special intent” omfattet visshetsforsett. Videre uttaler dommerne i Akayesu-saken⁵² at en gjerningsmann har gjort seg skyldig i folkemord hvis han utfører de forbudte handlingene ”with the clear intent to destroy, in whole or in part, a particular group”. Ordene ”clear intent” peker sterkt i retning av at det er kreves en spesifikk hensikt til å ødelegge, og at det ikke er nok at gjerningsmannen handlet med kunnskap om konsekvensene.

Dette synspunktet synes også å ha bredest støtte i litteraturen, og er etter mitt syn også den mest hensiktsmessige tolkningen av intensjonskravet. Folkemord er den mest alvorlige forbrytelsen noen kan dømmes for, og i et slikt tilfelle er det nødvendig at forbudet har en så fokusert og direkte *mens rea*-del som mulig. Det er viktig at forbrytelser, som ikke hører hjemme under begrepet folkemord, selv om de er svært alvorlige, likevel ikke faller inn

⁵¹ Sikirica et al., Judgement on Defence Motions to acquit, ICTY, para. 60.

⁵² Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR

under folkemordbestemmelsen. Det ville utvanne begrepet og den medfølgende fordømmelsen i forhold til hva intensjonen bak regelen er. Også legalitetsprinsippet trekker i retning av at hensiktskravet tolkes strengt, jf. Romavedtektene art. 22.

Hensikt må imidlertid ikke blandes sammen med motiv. Hensikt og motiv er ikke sammenfallende juridiske begreper og kan representere to vidt forskjellige drivkrefter i gjerningsmannens sinn. Ordene ”as such” ble lagt til som et kompromiss i 1948 mellom stater som mente at skyldkravet i folkemord ikke bare burde omfatte en utryddelseshensikt, men også et krav om motiv⁵³. To ulike handlinger kan være utført med samme hensikt om å utrydde gruppen, mens hva som motiverte gjerningsmennene til å utføre handlingene kan være vidt forskjellig. Eksempler på motiver kan være grådighet, misunnelse, frykt, hat etc. Et krav om å bevise motiv i tillegg til utryddelseshensikt ville bety enda et hinder for å få noen dømt for folkemord, og ville gjort bevisoppgaven for anklagerne betraktelig vanskeligere; for vanskelig, kan det hevdes. Problemstillingen om ordene ”as such” refererer til et motiv, har blitt forbigått i stillhet av *ad hoc*-tribunalene.

⁵³ Schabas, 2001, s. 33.

3.4.2 Hvilken grad av intensjon vil gjelde etter den norske straffebestemmelsen?

Som nevnt i innledningen har regjeringen ved Justisdepartementet foreslått at det i kapittel 16 i den nye straffeloven tas inn straffebestemmelser som skal dekke forbrytelsene ICC har jurisdiksjon over. I Ot. prp. nr.8 (2007-2008) foreslås det folkemordbestemmelsen skal lyde:

§ 101 *Folkemord*

For folkemord straffes den som i hensikt helt eller delvis å ødelegge en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe

- a) dreper ett eller flere medlemmer av gruppen,
- b) forårsaker betydelig skade på legeme eller helse til ett eller flere medlemmer av gruppen,
- c) utsetter ett eller flere medlemmer av gruppen for levevilkår som tar sikte på å fysisk ødelegge gruppen, helt eller delvis,
- d) iverksetter tiltak overfor ett eller flere medlemmer av gruppen som tar sikte på å forhindre fødsler innenfor gruppen, eller
- e) med makt overfører ett eller flere barn fra gruppen til en annen gruppe.

Til straff for medvirkning er forsett om hovedgjerningsmannens ødeleggelseshensikt tilstrekkelig.

Straffen for folkemord er fengsel inntil 30 år.⁵⁴

I høringsnotatet⁵⁵ foreslår straffelovskommisjonen at ”skyldkravet hensikt byttes ut med et forsettskrav”⁵⁶. Dette begrunner man med at ICTR i Akayesu-saken la til grunn at en *medvirker* til folkemord ikke selv må oppfylle hensiktskravet. Etter norsk rett må en som dømmes til medvirkning til en forbrytelse hvor skyldkravet inneholder et hensiktskrav eller en *dolus specialis*, også selv ha hatt en slik hensikt. Utenriksdepartementet deler Straffelovskommisjonens syn.

Justisdepartementet er imidlertid ikke enig i disse synspunktene. Departementet ser på kravet om utryddelseshensikt som selve kjernen i folkemordbegrepet, og at det er nettopp

⁵⁴ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s 353

⁵⁵ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4.

⁵⁶ Ibid s. 25

dette kravet som gjør at folkemord har utviklet seg fra å være en undergruppe av forbrytelser mot menneskeheten til å bli definert som en egen internasjonal forbrytelse. Dette synet fremstår som mest hensiktsmessig, og er best i tråd med den praksis som har utviklet seg ved ICTY og ICTR. Begrunnelsen om at norsk rett vil komme til kort vis-à-vis medvirkere er etter mitt syn ikke tilstrekkelig for å begrunne et så drastisk avvik fra det skyldkravet som gjelder etter Romavedtektene. Departementets foreslår i stedet at det gjøres klart i straffeloven at det er tilstrekkelig for å bli dømt for medvirkning til folkemord at medvirkeren visste at hovedgjerningsmannen hadde en utryddelseshensikt. Dette er også den løsningen som er best i tråd med Norges internasjonale forpliktelser som ratifiserende part til Romavedtektene. I Ot. prp. nr. 8 fastholdes standpunktet om at den norske straffebestemmelsen bør inneholde krav om hensikt.

3.5 Hvilken form for ødeleggelse må hensikten gjelde?

Gjerningsmannens hensikt må være å ”destroy” gruppen, ”in whole or in part”.

Gjerningsmannen/e trenger ikke å ha oppnådd slik ødeleggelse, ”..it is not necessary to achieve the final result of the destruction of a group in order for a crime of genocide to have been committed”⁵⁷. Spørsmålet her blir hvilken ødeleggelse denne hensikten må rette seg mot. Verken i selve vedtektene eller i *Elements of Crimes* gis det noen nærmere veiledning. I de fleste avgjørelsene fra *ad hoc*-tribunalene har retten tatt utgangspunkt i at kulturell ødeleggelse ikke er inkludert. I Krstic-saken uttaler retten:

”Customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide”⁵⁸

⁵⁷ Report of the International Law Commission (ILC) on the work of its forty-eight session, 1996, s. 46

⁵⁸ Prosecutor v Krstic, *Trial Chamber*, ICTY, para580

Retten viser til forarbeidene til folkemordkonvensjonen og en uttalelse fra ILC fra 1996.⁵⁹ Mange av hendelsene i det tidligere Jugoslavia, som ble referert til som ”etnisk rensing” var i realiteten mer kulturelle angrep enn fysiske. I mange dommer ble skillet mellom ”etnisk rensing” og folkemord diskutert. *Appeals Chamber* i Krstic-saken uttalte at folkemordbestemmelsens krav om ”intent to destroy” bare dekket fysisk og biologisk ødeleggelse av gruppen, men at hvis ”direct evidence of genocidal intent is absent” kan tvangsflyttingen av bosniske muslimer, sammen med utryddelsen av menn i militær alder, være bevis for en ”intent to destroy” gruppen fysisk og biologisk⁶⁰.

I Blagojevic-saken, hvor spørsmålet var om gjerningsmannen hadde hatt den tilstrekkelige hensikten ved sin deltagelse i tvangsflyttingen av en gruppe, forsøkte *Trial Chamber* å omgå tolkningsresultatet i Krstic-saken. Dommerne uttalte at ”while killing a large number of a group may be the most direct means of destroying a group, other acts or series of acts, can also lead to the destruction of the group”. Videre uttalte retten at “physical or biological destruction of a group is the likely outcome of a forcible transfer of the population when this transfer is conducted in such a way that the group can no longer reconstitute itself”⁶¹. William A. Schabas argumenterer i sin bok *The UN International Criminal Tribunals*⁶² at dette resonnementet er mangelfullt, siden retten legger vekt på at fysisk og biologisk ødeleggelse av en gruppe kan bli utfallet av tvangsflytting, i stedet for å legge til grunn det virkelige vurderingsteamet; nemlig om tiltalte hadde *til hensikt* å ødelegge gruppen, fysisk eller biologisk. Schabas argumenterer videre at uten andre bevis kan en slik tvangsflytting like gjerne tas til inntekt for det motsatte, nemlig at tiltaltes hensikt var å sikre gruppens overlevelse snarere enn dens utryddelse.

⁵⁹ Report of the ILC, op. cit. s. 45-46.: “As clearly shown by the preparatory work for the Convention, the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group. The national or religious element and the racial or ethnic element are not taken into consideration in the definition of the word “destruction”, which must be taken only in its material sense, its physical or biological sense.”

⁶⁰ Prosecutor v Krstic, *Appeals Chamber*, ICTY, para. 34.

⁶¹ Prosecutor v Blagojevic, *Trial Chamber*, ICTY, para 666

⁶² Schabas, 2006, s.166, 167.

Begrepet etnisk rensking er et begrep som er mye brukt i media og i politiske sammenhenger. Dette begrepet refererer til forskjellige typer tvangsmessig fjerning av uønskede etniske grupper fra et gitt territorium. Rettspraksis fra *ad hoc*-tribunalene viser at skillet mellom tvangsflytting og folkemord ikke er klart. Uansett ligger det ikke noen begrensning i ordene "to destroy" som tilsier at det er bare fysisk og biologisk ødeleggelse som omfattes, og det kan tenkes at ICC vil tolke dette mer progressivt ved å inkludere kulturell ødeleggelse. Det kan argumenteres at en fremtidig rettsanvender ikke bør være bundet av begrensninger som kom som kompromisser før vedtagelsen av folkemordkonvensjonen i 1948. Det er heller ingenting i ordlyden i Romavedtektene art. 6 som tilsier at ødeleggelsen er begrenset til fysisk eller biologisk ødeleggelse. Ordet "destroy" kan i sin bokstavelige betydning omfatte all form for ødeleggelse av gruppen som en identifiserbar gruppe betraktet. Etter mitt syn er det dog rimelig å anta at ICC kommer til å følge tendensene som har utviklet seg gjennom praksis fra *ad hoc*-tribunalene, og at etnisk rensing eller annen kulturell ødeleggelse ikke i seg selv automatisk blir karakterisert som folkemord, men at slike handlinger i gitte tilfeller kan tjene som viktige bevis for at gjerningsmennene hadde til hensikt å ødelegge gruppens fysiske og biologiske eksistens.

Art. 9 (1) i Romavedtektene slår fast at 2/3 av medlemmene i *Assembly of States Parties* skal vedta *Elements of Crimes*, som skal "assist the court in the interpretation of articles 6, 7 and 8". Romavedtektene art. 9 gjør det klart at *Elements of Crimes* må vike for Romavedtektene i tilfeller hvor det oppstår motstrid i tolkningen av de respektive dokumentene. I *Elements of Crimes* artikkel 6(a), pkt. 4, står det at de objektive vilkårene i Romavedtektene art. 6 må ha funnet sted "in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group". Dette kan gi inntrykk av at det faktisk må ha funnet sted en total eller partiell ødeleggelse for å kunne dømmes for folkemord. Dette samsvarer ikke med ordlyden i art. 6 eller med innholdet i folkemordbestemmelsen slik den anvendes seg i den internasjonale strafferetten. I folkemordbestemmelsen er det "kontekstuelle" elementet flyttet til *mens rea*, nærmere bestemt den spesielle hensikten om å ødelegge gruppen. Hvis kriteriet om "manifest pattern" legges til grunn, er dette faktisk en ganske drastisk begrensning av ordlyden i art. 6. For forbrytelse mot menneskeheten, jf. Roma-

vedtektene art.7, kreves at angrepet var en del av et ”widespread or systematic attack”. Dette er ikke et krav for folkemord, dog vil et slikt ”manifest pattern” kunne utgjøre et viktig bevis for ”genocidal intent”⁶³.

Formuleringen i *Elements of Crimes* har blitt kritisert i litteraturen, hvor det tas til ordet for at den er snarere prosedyreregulering som kan begrense ICCs jurisdiksjon til saker med slikt ”pattern”, men at den ikke påvirker skyldspørsmålet eller definisjonen av folkemord.⁶⁴

Som nevnt tidligere er konsekvensen av at *actus reus* for folkemord ikke inneholder noe krav om at handlingene må være del av et ”systematic or widespread” angrep, at teoretisk sett kan én enkelt person gjøre seg skyldig til folkemord. Det har vært imidlertid vært en del usikkerhet rundt det hypotetiske tilfellet at gjerningsmannen bare dreper én person, og om det i så fall kan dømmes for folkemord hvis gjerningsmannen har handlet med den nødvendige utryddelseshensikten. I Akayesu-saken⁶⁵ uttaler retten at de forbudte handlingene må være begått mot ett eller flere medlemmer av gruppen. I *Elements of Crimes* sies det at det er nok at gjerningsmannen dreper ”one or more persons”. Men i Romavedtektene art. 6 (a) brukes flertallsformen ”killing members of the group”. Romavedtektenes ordlyd går foran hva som sies i et dokument som skal være en tolkningsveileder, men nyanseforskjellene der er ikke særlige interessante. Man kan i så fall slå fast at å drepe to eller flere medlemmer av en gruppe er tilstrekkelig. Det avgjørende er uansett om dette ble gjort med ”the intent to destroy” gruppen, helt eller delvis.

⁶³ Prosecutor v Kayishema og Ruzindana, para. 535

⁶⁴ Cassese, 2002, s. 348, 349 og Gerhard Werle, 2005, s. 205-206.

⁶⁵ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para 521

3.5.1 Ødeleggelse - norsk rett

I Ot. prp. nr.8 (2007-2008) diskuteres forslaget som departementet la frem i høringsnotatet fra april 2007 om at terminologien i Romavedtektene art. 6, nærmere bestemt ordet ”destroy”, oversettes til ”utrydde”⁶⁶. Dette for å få frem at det dreier seg om den fysiske ødeleggelsen av en gruppe, og ikke av deres språk eller kultur. Departementet uttaler også i høringsnotatet at det er bedre i samsvar med alminnelig norsk språkbruk å anvende ”utrydde” når det er snakk om fysisk utryddelse av mennesker, og mener at ”ødelegge” normalt brukes om gjenstander. I *Ot.prp. nr.8* nr. 8 blir dette forslaget imidlertid ikke videreført. Departementet ser ordet ”utrydde” som snevrere enn ”ødelegge”, og peker på at ”ødelegge” best gjenspeiler det som gjelder etter Romavedtektene art. 6⁶⁷.

I høringsnotatet⁶⁸ diskuteres hvordan den norske straffebestemmelsen om folkemord skal tolkes når det gjelder spørsmålet om det er tilstrekkelig at én person er drept eller tilført betydelig skade og om det i såfall bør være et krav om at handlingen skal inngå i et ”manifest pattern of similar conduct”⁶⁹. Dette er spørsmål som direkte angår folkemordbestemmelsens *actus reus*, og er utenfor kjernen av denne oppgaven. Jeg synes likevel det er på sin plass og ta med noen korte referanser til diskusjonen om hvilke tolkninger den kommende norske straffebestemmelsen skal medføre på området. Hvis det stilles et krav om at handlingen må inngå i et ”manifest pattern of similar conduct”, forandres hele den strafferettslige betydningen av begrepet folkemord. I så fall er det ikke tilstrekkelig at en person har begått handlinger som beskrevet i bestemmelsens objektive gjerningsbeskrivelse med utryddelseshensikt – ødeleggelsen må i tillegg inngå i et ”manifest pattern of similar conduct”.

⁶⁶ Ot. prp. nr. 8 (2007-2008), s. 70

⁶⁷ Ibid, s. 79-80

⁶⁸ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4.

⁶⁹ Elements of Crimes, art. 6 (a), pkt. 4.

I høringsnotatet uttaler Departementet at det anser det som viktig at ”norske domstoler har like vid mulighet til å dømme for folkemord som Den internasjonale straffedomstolen”⁷⁰. Departementet foreslår derfor at ”straffeloven gjør det klart at det er tilstrekkelig for å dømmes for fullbyrdet folkemord at én person har vært utsatt for de handlingene som regnes opp, såfremt de øvrige vilkårene er oppfylt”. Videre foreslår departementet at det tas inn i loven et krav om at handlingen ”skal ha funnet sted i forbindelse med et tydelig mønster av lignende handlinger rettet mot gruppen”⁷¹ eller at handlingen i seg selv kunne ha resultert i utryddelse av hele, eller deler av gruppen. Departementet foreslår altså at det i lovens ordlyd skal tas med et krav i folkemordbestemmelsen som ikke finnes i ICC art. 6. Forslaget har sin bakgrunn i formuleringen i *Elements of Crimes* om at handlingen må være en del av et ”manifest pattern” av ”similar conduct”⁷². Det er et oppsiktsvekkende forslag, siden det vil gi den norske folkemordbestemmelsen en annen karakter enn Romavedtektene art. 6, hvor det avgjørende er utryddelseshensikten og ikke konteksten handlingene foregår i. Cassese skriver i sin kommentar til Romavedtektene⁷³ at et krav om ”manifest pattern of similar conduct” ikke er noe som har vært en juridisk ingrediens i folkemordbestemmelsen slik den har utviklet seg som en internasjonal strafferettsregel.

I Ot. prp. nr. 8 (2007-2008)⁷⁴ diskuteres høringsnotatets konklusjon, og det tas til ordet for videreføring av konklusjonen i høringsnotatet om at det er tilstrekkelig at én person er drept. Derimot går Departementet her i mot at det skal stilles et vilkår om at handlingene må inngå i et tydelig mønster av lignende handlinger rettet mot gruppen. Departementet finner det klart at et slikt krav ikke kan forankres i folkemordkonvensjonen, ei heller i folkerettslig sedvane. Det uttales videre at et slikt krav vil innskrenke rekkevidden av folkemordbestemmelsen sammenlignet med hva som har vært tilfelle i *ad hoc* tribunalene.

Som nevnt i kapittel 2, er lovforarbeiders rettskildestatus styrt av et trinnhøydeprinsipp. Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) er utferdiget på et senere stadium i lovgivningsprosessen. Selv om

⁷⁰ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4, s. 28.

⁷¹ Ibid, s. 28 og 29

⁷² *Elements of Crimes*, art. 6 (a), pkt. 4.

⁷³ Cassese, 2002, s 349 og 350.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 8 (2007-2008), s. 76-79

dette trinnhøydeprinsippet gjelder ved tolkning av en allerede gjeldende lovtekst, taler reelle hensyn for å følge samme prinsippet for det tilfellet at man forsøker å forutsi hvordan en lovtekst blir utformet. Derfor er det trolig at synet som legges til grunn i Ot. prp. nr. 8 kommer til å gå foran det motstridende synet i høringsnotatet.

3.6 "in whole or in part"

Ordlyden i art. 6 gjør det klart at utryddelseshensikten ikke trenger å rette seg mot hele gruppen, men at hensikt om delvis ødeleggelse kan være tilstrekkelig. Hva som ligger i ordene "in whole or in part" blir ikke definert noe nærmere i vedtektene, og heller ikke i *Elements of Crimes* kan man spore noen definisjon eller nærmere avgrensing. Men problemet har vært mye diskutert i litteraturen og i de to *Ad hoc*-tribunalene, og en del viktige avgrensinger har blitt trukket opp.

Ad hoc tribunalene har tolket "in part" med at utryddelseshensikten må rette seg mot vesentlig del av gruppen, "substantial part", som indikerer et kvantitativt element, eller "significant", som i sin tur indikerer et kvalitativt element⁷⁵. ILC uttalte i sin rapport om folkemord at "...it is not necessary to intend to achieve the complete annihilation of a group from every corner of the globe. None the less the crime of genocide by its very nature requires the intention to destroy at least a substantial part of a particular group"⁷⁶. (min understreking).

I Kayishema and Ruzindana-saken uttaler retten at "in part" krever "the intention to destroy a considerable number of individuals"⁷⁷, og i Sikirica-saken tolkes "in part" som "a reasonably substantial"⁷⁸ antall relativt til gruppens totale antall. *Appeals Chamber* i Krstic-saken uttaler:

⁷⁵ Prosecutor v Jelesic, *Trial Chamber*, ICTY, para 82

⁷⁶ Report of the International Law Commission (ILC) on the work of its forty-eight session, 1996, s. 45

⁷⁷ Prosecutor v Kayishema et al, *Trial Chamber*, ICTR, para. 97.

⁷⁸ Prosecutor v Sikirica et al., *Trial Chamber*, ICTY, Judgement on Defence Motions to Acquit, para 65.

”In addition to the numeric size of the targeted portion, its prominence within the group can be a useful consideration. If a specific part of the group is emblematic of the overall group, or is essential to its survival, that may support a finding that the part qualifies as substantial within the meaning of article 4”⁷⁹

I denne saken var gjerningsmannen tiltalt for å ha begått folkemord innenfor et begrenset område, hvor antall ofre lå på omkring 7-8000 personer. Blant problemstillingene retten tok for seg var spørsmålet om utryddelseshensikten var til stedet når det bare var menn i militær alder som ble systematisk massakrert. Retten la vekt på at samtidig som disse mennene ble massakrert, ble de resterende bosniske muslimene tvangsflyttet ut av området. I den forbindelse uttalte retten at gjerningsmennene kunne ikke ha unngått å vite at på det tidspunkt de bestemte seg for å drepe alle disse mennene ville det ha ”a lasting impact upon the entire group”⁸⁰. Retten la altså vekt på omstendighetene rundt drapene, og fant at handlingene satt i kontekst med alt annet som rammet de bosniske muslimene på denne tiden viste at ”the intent” om å drepe alle mennene av militær alder konstituerte en intensjon om å ødelegge ”in part” den bosniske muslimske gruppen. Etter dette synes det klart at en hensikt om å bare ødelegge ”significant” del av gruppen ikke er tilstrekkelig til å dømmes for folkemord, men kan i gitte tilfeller sees på som bevis for at gjerningsmennene hadde til hensikt å ødelegge en ”substantial” del av gruppen. I Milosevic-saken uttaler retten at hensikt om å “destroy a significant section of the group such as its leadership is not an “independent” consideration”, men et element som kan underbygge det faktum at gjerningsmannens hensikt rettet seg mot en “substantial part” av gruppen.⁸¹

Når det gjelder en hensikt om å ødelegge en kvantitativt ”substantial” del av gruppen, kan dette i seg selv være tilstrekkelig, ettersom folkemordbestemmelsen nevner at hensikten må rette seg mot gruppen ”in whole or in part”. Det avgjørende i forhold til om den delen som hensikten retter seg mot i et gitt tilfelle kvalifiserer til å bli karakterisert som ”part” i

⁷⁹ Prosecutor v Krstic, *Appeals Chamber*, ICTY, Para 12

⁸⁰ Prosecutor v Krstic, *Trial Chamber*, ICTY, para 590

⁸¹ Saken ble avsluttet pga dødsfall, Prosecutor v Milosevic, decision on motion for judgement of acquittal, *Trial Chamber*, ICTY, para 132

folkemordbestemmelsen, er om gjerningsmennene ser på den delen av gruppen de har til hensikt å ødelegge som ”a distinct entity which must be eliminated as such”⁸².

I Jelesic-saken tar *Trial Chamber* opp om et tilfelle hvor utryddelseshensikten bare retter seg mot den delen av en gruppe som befinner seg i et begrenset geografisk område, kan stemples som folkemord hvis de folkemordbestemmelsens andre kriterier er oppfylt. *Trial Chamber* uttaler i den forbindelse at den finner at ”international custom admits the characterisation of genocide even when the exterminatory intent only extends to a limited geographic zone.”⁸³. Denne uttalelsen må sees som viktig selv om den var et *obiter dictum*, ettersom retten fant at Goran Jelesic ikke var skyldig i folkemord. Ut ifra uttalelsen i denne saken ser vi at en hensikt om å utrydde en gruppe innenfor et geografisk område kan karakteriseres som folkemord.

Kravet om at ”the special intent” retter seg mot ødeleggelse av en gruppe ”in whole or in part” må ikke blandes sammen med i hvilket omfang den enkelte gjerningsmannen har deltatt, ei heller det faktiske antallet ofre. Dette er en del av folkemordbestemmelsens *mens rea*, og dermed hva gjerningsmennene hadde *til hensikt* ved sin utførelse av forbrytelsen. Forsvaret i Krstic-saken forsøkte å få gjennomslag for en tolkning av ”in part” dit hen at dette refererer til det faktiske omfanget av ødeleggelse som er oppnådd ved gjerningsmennenes handlinger, i motsetning til ”the intent, which would have to extend to destroying the group as such, i.e. in its entirety”⁸⁴. Forsvaret viste til ”the intention of the drafters of the Convention” for støtte for sin tolkning. Retten ga imidlertid ikke forsvaret medhold i en slik tankegang, og viste ganske enkelt til at ordlyden i folkemordbestemmelsen er ganske klar på at ”in whole or in part” retter seg mot ”intent”.

I Jelesic-saken blir ordene ”as such” heller tolket dit hen at det er en presisering av at utryddelseshensikten må rette seg mot gruppen ”as a separate and distinct entity, and not

⁸² Prosecutor v Krstic, *Trial Chamber*, ICTY, para 590

⁸³ Prosecutor v Jelesic, *Trial Chamber*, ICTY, paras. 107-108.

⁸⁴ Krstic, op. cit. para. 583.

merely some individuals because of their membership in a particular group”⁸⁵. Til støtte for sin tolkning viser retten til uttalelser gjort av ILC i 1996⁸⁶, hvor nettopp denne tolkningen blir lagt til grunn. Etter mitt syn er dette en rimelig tolkning tatt ordlyden i betraktning.

⁸⁵ Prosecutor v Jelesic, *Trial Chamber*, ICTY, para 79.

⁸⁶ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session, 6. mai- 26. juli 1996

4 Unntak fra folkemordbestemmelsens spesielle hensiktskrav?

4.1 Medvirkning

Spørsmålet her er om det gjelder unntak fra kravet om utryddelseshensikt når tiltalen gjelder medvirkning til folkemord.

Det har hersket uenighet i rettspraksis fra *ad hoc* domstolene om dette spørsmålet. Romavedtektene art. 25 nr. 3 bokstav a omhandler handlinger som begås av en hovedgjerningsmann. Art. 25 nr. 3 bokstav b-f inneholder bestemmelser som straffer annen bistand/deltagelse i folkemordet. I bokstav e slås det fast at det er forbudt å oppfordre direkte og offentlig til å begå folkemord. Dette er en form for medvirkning, men er en selvstendig forbrytelse på den måten at overtredelse av denne kan medføre straffeansvar uavhengig av om folkemord faktisk er blitt begått. I Akayesu-saken slo retten fast at for å kunne dømmes for å ha ”directly and publicly”⁸⁷ oppfordret til å begå folkemord, må gjerningsmannen ”have himself the specific intent to commit genocide.”⁸⁸ Det samme er rimelig å anta om ”attempt”, jf. art. 25 nr.3(f), dog det ikke foreligger noe rettspraksis om forsøk på folkemord. Men folkemordforbrytelsen er karakterisert av gjerningsmannens spesielle hensikt, så for at forsøkshandlingen skal kunne dømmes som forsøk på folkemord må gjerningsmannen nødvendigvis ha hatt den nødvendige hensikten.

Medvirkningshandlingene er listet opp i art. 25 nr.3 bokstav c og d. (Bokstav d behandles nærmere i kapittel 4.3). Det er ingenting i ordlyden på disse som tilsier at skyldkravet her skal være lavere enn hva som gjelder for annen type deltagelse. Medvirkningshandlingene er i sin natur annerledes enn hovedforøvelsen, men ikke nødvendigvis mindre straffeverdige.

⁸⁷ Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, art. 7(1)

⁸⁸ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para 560

I art. 25. 3 bokstav c gjøres klart at den som "aids, abets or otherwise assists" utførelsen av et folkemord skal regnes som medvirkere forbrytelsen. ICC har altså ikke en egen henvisning til "complicity", slik som tilfellet er i Folkemordkonvensjonen og statuttene for ICTY og ICTR⁸⁹. Spørsmål er om hensiktskravet gjelder for medvirkning, og om det har noen betydning for skyldkravet for medvirkning at ICC, i motsetning til sine forløpere, ikke har en egen bestemmelse om "complicity". Ved at medvirkningshandlingene ikke er tatt med som en del til folkemordbestemmelsen i Romavedtektene tyder på at disse handlingene er underlagt det Romavedtektenes generelle skyldkrav, jf. Art. 30.

Ad hoc-tribunalene har ikke kommet med homogene avgjørelser hva gjelder dette spørsmålet. Spørsmålet om "complicity" på den ene siden og "aiding and abetting" på den andre skal regnes som to ulike forbrytelser har vært mye diskutert, og da særlig om det gjelder ulike skyldkrav for disse. I ICTR kom spørsmålet på spissen i Akayesu-saken. *Trial Chamber* slo først fast at folkemord og medvirkning til folkemord er to ulike kriminelle handlinger⁹⁰, og at samme person ikke kan dømmes både for folkemord og for medvirkning til folkemord for de samme handlingene. Disse er altså, etter rettens syn, gjensidig utelukkende. Domstolen kom imidlertid frem til at det var ført tilstrekkelig bevis for at Akayesu hadde opptrådt som hovedgjerningsmann og at han hadde den spesielle hensikten som kreves i folkemord bestemmelsen.

Retten uttalte seg likevel om skyldkravet for medvirkning og lanserte en tolkning hvor skyldkravet er forskjellig for *aiding and abetting* enn for *complicity*. Retten uttalte i denne forbindelse at "An accused is an accomplice to genocide if she or he wilfully aided or abetted or instigated another to commit genocide, while being aware of his genocidal plan, even where the accused had no specific intent.." ⁹¹. Domstolen legger altså til grunn at den spesielle hensikten ikke kreves for medvirkning til folkemord. Retten uttaler imidlertid

⁸⁹ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, art. III(e), Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, art.4.3(e), Statute of the International Tribunal for Rwanda, art.2.3(e)

⁹⁰ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para 700.

⁹¹ Ibid, para 726

videre at "aiding and abetting", som er listet opp i den generelle bestemmelsen i ICTR art 6(1) er en selvstendig forbrytelse som krever at "the accused had the specific intent to commit genocide."⁹² Dette skillet virker noe uforståelig og tilfeldig, ettersom aiding og abetting er medvirkningshandlinger pr. definisjon.

ICTY har lagt til grunn andre standpunkter enn de som kom frem i Akayesu-saken for ICTR. I Krstic-saken ble *Trial Chambers* avgjørelse om at det var bevist utover enhver rimelig tvil at tiltalte hadde handlet med den nødvendige *genocidal intent*, forkastet av *Appeals Chamber*. *Appeals Chamber* mente at til tross for at den anså det som bevist at det hadde foregått folkemord i Srebrenica, så var det ikke bevist at Krstic hadde handlet med den nødvendige hensikten. *Appeals Chamber* omgjorde Krstics rolle fra å være hovedgjerningsmann av folkemord, til å være en som *aided and abetted* forbrytelsen. Domstolen gikk videre til å slå fast at Krstic hadde vært klar over at enkelte medlemmer i VRS hadde utryddelseshensikt og at han var klar over at hans bidrag var en vesentlig faktor for å gjennomføre folkemordet. Etter *Appeals Chambers* mening er derfor straffeansvaret "accurately characterized as aiding and abetting genocide under Article 7(1), not as complicity under Article 4(3)(e)"⁹³.

ICTY og ICTR kommer i realiteten frem til samme konklusjon, nemlig at for visse medvirkningshandlinger gjelder ikke hensiktskravet. I Akayesu-saken blir det lagt til grunn at hensiktskravet gjelder for "aiding and abetting", men ikke for andre medvirkningshandlinger. *Appeals Chamber* i Krstic-saken legger til grunn motsatt standpunkt, nemlig at "complicity" omfatter handlinger som er mer straffverdige enn "aiding and abetting" ettersom "complicity" står som et tillegg til folkemordbestemmelsen i artikkel 4, og ikke i den generelle ansvarsregelen i artikkel 7. Etter mitt syn er standpunktene som legges til grunn av *Appeals Chamber* i Krstic-saken best i tråd med bestemmelsenes ordlyd og logikken bak statuttens oppbygging. Spørsmålet er likevel hva som er gjeldende rett hva gjelder skyldkravet for medvirkning til folkemord.

⁹² Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para. 726.

⁹³ Prosecutor v Krstic, *Appeals Chamber*, ICTY, para 138.

I Blagojevic-saken⁹⁴ ble den tiltalte dømt for ”aiding and abetting” til folkemord. Anklagerne forsøkte i denne saken å endre sin tiltale om medvirkning til folkemord til ”aiding and abetting”, ettersom uttalelsene i Krstic-saken ga uttrykk for at folkemordbestemmelsens strenge hensiktskrav ikke gjelder for ”aiding and abetting”. *Trial Chamber* i Blagojevic-saken uttaler at ”complicity” omfatter de forskjellige handlingene som er opplistet i ICTY-statuttens art. 7(1), inkludert ”aiding and abetting”. Retten går altså bort fra det skillet mellom *complicity* og ”aiding and abetting” som har blitt konstruert i tidligere saker, og ser heller *complicity*-henvisningen i art. 4.3(e) som en samlebetegnelse på handlingene som listes opp i art. 7(1). Om medvirkningens skyldkrav slår retten fast at det ikke er nødvendig at medvirkeren selv hadde genocidal intent, men at ”the accused had knowledge that his or her own acts assisted in the commission of the specific crime by the principal offender” og at ”the accused knew that the crime was committed with specific intent”⁹⁵. I saken mot Slobodan Milosevic uttaler *Trial Chamber* at den ikke anså seg bundet av uttalelsene *Appeals Chamber* i Krstic-saken gjorde vedrørende spørsmålet ettersom deres synspunkter bare kom til uttrykk i et *obiter dictum*. I den forbindelse konkluderer *Trial Chamber* med at ”There is, therefore, no authoritative decision within the Tribunal as to whether there is a difference in the *mens rea* for aiding and abetting genocide and complicity in genocide, either when the latter is broader than aiding and abetting, or indeed, when it is in the same scope as aiding and abetting.”⁹⁶

Etter dette er det rimelig å anta at ICC ikke kommer til å operere med noe skille mellom medvirkning på den ene siden, og ”aiding and abetting” på den andre. Ettersom det ikke er et medvirkningstillegg til folkemordbestemmelsen i Romavedtektene, og medvirkningshandlingene er listet opp i den generelle bestemmelsen om personlig straffeansvar i art. 25, kan dette sees på som et bevisst valg for å styre unna usikkerhetene som har hersket rundt skyldkravet for medvirkning. Slik bestemmelsen er plassert i

⁹⁴ Prosecutor v Blagojevic, *Trial Chamber*, ICTY.

⁹⁵ Ibid, para. 782

⁹⁶ Foreligger ingen dom, saken ble avsluttet pga dødsfall, Prosecutor v Milosevic, decision on motion for judgement of acquittal, *Trial Chamber*, ICTY, para 296

Romavedtektene, kommer det generelle skyldkravet i art. 30 til anvendelse. For å kunne dømmes til medvirkning til folkemord i ICC behøver det ikke bevises at gjerningsmannen selv har hatt *the special intent*. Det er tilstrekkelig at gjerningsmannen har hatt kunnskap om at hovedgjerningsmennene hadde den spesielle hensikten under utførelsen av den kriminelle handling, ”knowledge of the primary perpetrator’s intent is sufficient.”⁹⁷

Internasjonale domstoler som ICC har som mål å dømme de personer som reelt sett har hatt den største delen av ansvaret for at den internasjonale forbrytelsen har skjedd. I tradisjonelle straffesaker er ofte utgangspunktet at de som faktisk utfører de kriminelle handlingene har utvist større skyld enn medvirkerne. I folkemordsaker, og andre internasjonale forbrytelser av enormt omfang, er ofte utgangspunktet motsatt. Dette kan være mektige ledere og autoritetspersoner, og er ofte i slike stillinger at det ikke er disse personlig som har utført handlingene. Et eksempel er saken mot Adolf Eichmann, den tyske embetsmannen som hadde ansvar for logistikken i forbindelse med Holocaust. Eichmann sendte tusenvis av jøder til døden, uten å personlig legge hånd på et eneste offer⁹⁸. Kategoriseringen av hovedgjerningsmannen og medvirker har deskriptive og kategoriserende formål. Det er opp til dommerne i de enkelte saker å avgjøre ”the degree of culpability”⁹⁹ for en deltager i en internasjonal forbrytelse. Det er ingenting i forarbeidene til folkemordkonvensjonen som tilsier at det skal gjelde en lavere skyldterskel for medvirkning til folkemord enn hva som gjelder for hovedgjerningsmannen. Ofte er det svært vanskelig å skaffe tilstrekkelig bevis for at gjerningsmannen hadde den nødvendige hensikten. Sett fra dette perspektivet er det rimelig å ha en medvirkningsregel som opererer med en lavere skyldterskel, slik at personer som har hatt en viktig rolle i et folkemord, men hvor det ikke lar seg gjøre å skaffe tilstrekkelig bevis for hensikt, må ta sitt ansvar og straff for sin rolle i forbrytelsen.

Man kan imidlertid se det fra et annet perspektiv også, nemlig den at det å dømme noen til medvirkning til folkemord ikke nødvendigvis gir uttrykk for en mindre fordømmelse av

⁹⁷ Werle, 2005, s. 127

⁹⁸ Adolf Eichmann ble dømt til døden av en israelsk domstol 15. desember 1961

⁹⁹ Cassese, 2003, s. 180.

gjerningsmannen enn om han/hun dømmes skyldig til folkemord som en hovedgjerningsmann. Ofte er det jo bakmennene som er arkitektene bak forbrytelsen. Et eksempel er saken mot Slobodan Milosevic¹⁰⁰, hvor statslederen som ble sett på som hjernen bak mange av grusomhetene, ble tiltalt for medvirkning til folkemord og ikke som hovedgjerningsmannen. Fra denne synsvinkelen virker det ikke rimelig at det skal gjelde ulike *mens rea*-krav for disse forbrytelsene. Kanskje bør man heller se på terskelen for å anses *special intent* bevist, slik at det blir mulig å fastslå medvirkning med samme skyldgrad som den som gjelder i folkemordbestemmelsen. Dette diskuteres nærmere i kapittel 5.

Ved nærmere iakttakelse kan likevel denne distinksjonen mellom skyldkravet hva gjelder folkemord og det som gjelder for medvirkning, virke noe illusorisk. Man kan spørre seg om det her er en sammenblanding av de mentale størrelsene hensikt og motiv. Når en gjerningsmann bidrar til utførelsen av et folkemord med kunnskap om at handlingene utføres med utryddelseshensikt, men personlig ikke er en utførende part, kan man spørre om ikke dette er tilstrekkelig til å si at gjerningsmannen selv deler denne utryddelseshensikten. I et slikt hensiktskrav ligger det, etter min mening, ikke noe krav om at man må *ønske* å utrydde gruppen. Hvis man bidrar aktivt til noe som man vet er folkemord, altså har kunnskap om at handlingene utføres med utryddelseshensikt, men er motivert av ønsket om å tjene penger på hendelsene, er det likevel nærliggende å si at medvirkeren selv delte den spesielle hensikten. Det kan virke som vanskelighetene ved å bevise den spesielle hensikten har resultert i medvirkningsregelen med sin lavere skyldterskel, som en praktisk løsning for å oppnå dom for gjerninger knyttet til folkemord i stedet for å måtte endre tiltalen til andre forbrytelse.

¹⁰⁰ Prosecutor v Milosevic, *Trial Chamber*, Decision on motion for judgement of acquittal, ICTY.

4.1.1 Medvirkning til folkemord – norsk rett

Spørsmålet her er hvordan medvirkning for folkemord dekkes i norsk rett, og særlig hvordan problemstillingen med at medvirkeren ikke trenger å ha utryddelseshensikt etter Romavedtektene behandles i lovforslaget om norske straffebestemmelser tilsvarende Vedtektenes. I høringsnotatet fra Justisdepartementet og i Ot. prp. nr. 8 (2007-2008), diskuteres det hvordan medvirkningshandlinger tradisjonelt sett har blitt behandlet i det norske strafferettssystemet sammenlignet med hva som gjelder for ICC.

Actus reus for handlingene, altså den objektive gjerningsbeskrivelsen for medvirkningsansvaret i norsk rett samsvarer i hovedtrekk med det som gjelder i ICC. I norsk rett, som i ICC, er medvirkningsansvaret ikke aksessorisk. Dermed er ikke ansvar for medvirkning forutsatt av at det finnes en straffbar hovedgjerningsmann. Reglene i Romavedtektene art. 25.3, bokstav b, c og d, dekkes i norske rett som psykisk medvirkning. I høringsnotatet beskrives skyldkravet for medvirkning til en handling som faller inn under ICC's jurisdikasjon som et dobbelt forsettskrav. For det første må medvirkeren/tilskynderen ha kunnskap om at det var "overveiende sannsynlig at han påvirker hovedgjerningsmannen til å begå en forbrytelse". For det andre innebærer et slikt dobbelt forsettskrav at medvirkeren "må gå ut i fra at hovedgjerningsmannen vil utføre forbrytelsen med den grad av skyld som kreves"¹⁰¹. Forsett er det alminnelige skyldkravet i norsk rett¹⁰². De to leddene i dette forsettskravet som gjelder for ICC, nemlig det doble forsettskravet, "er gjerne formulert noe annerledes i norsk rett, men reelt sett synes det som innholdet er det samme"¹⁰³. Departementet konkluderer dermed med at det ikke er behov for noen særskilt regulering av medvirkningsansvaret på bakgrunn av Romavedtektene art. 25 nr. 3, bokstav b-d.

Når det gjelder medvirkning til folkemord oppstår det særlige problemer når norsk rett skal harmoniseres med Romevedtektene og ICCs rettsanvendelse. En utryddelseshensikt av den

¹⁰¹ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4, s. 15

¹⁰² Jf. Straffeloven 2005 §21.

¹⁰³ Høringsnotat, op. cit, s.16

karakter Romavedtektene art. 6 opererer med kan karakteriseres som et kvalifisert forsettskrav. I norsk rett vil ikke et slikt hensiktskrav bare gjelde for hovedgjerningsmannen, men også for medvirkeren. Utviklingen i rettspraksisen fra *ad hoc*-tribunalene viser at det ikke gjelder et krav om at medvirkeren har utryddelseshensikt. (redegjort for ovenfor). Andenæs drøfter den norske medvirkningsregelen i den 5. utgaven av ”alminnelig strafferett”. Her påpekes det at den alminnelige antatte løsningen om at medvirkeren må oppfylle hensiktskrav i et straffebud som krever en bestemt hensikt, ikke alltid leder til naturlige løsninger¹⁰⁴. Dette er likevel ansett for å være gjeldende rett slik regelen om medvirkning har blitt tolket og anvendt.

Som redegjort for i kapittel 4.1.2, foreslår straffelovkommisjonen at *special intent*-kravet i folkemordbestemmelsen byttes ut med et forsettskrav i den norske straffebestemmelsen om folkemord. Dette forslaget hadde sin bakgrunn nettopp i at kommisjonen ville unngå at medvirkere gikk fri etter norsk rett fordi det her kreves at medvirkeren selv har denne spesielle hensikten. Departementet er uenig, ettersom hensiktskravet er det som skiller folkemord fra andre forbrytelser, og foreslår i stedet at det gjøres klart i straffeloven at det er tilstrekkelig til å bli straffet for medvirkning til folkemord at medvirkeren visste at hovedgjerningsmannen hadde utryddelseshensikt. I Ot. prp. nr. 8¹⁰⁵ blir dette forslaget videreført, og det er rimelig å anta at det er dette som gjelder når bestemmelsene trer i kraft.

¹⁰⁴ Andenæs, 2004, s. 339-341

¹⁰⁵ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s. 76

4.2 Overordnedes strafferettslige ansvar

Regelen om at en overordnet kan bli strafferettslig ansvarlig for handlinger underordnede har gjort¹⁰⁶ ble slått fast i rettsoppgjøret etter andre verdenskrig¹⁰⁷. Doktrinen er nå solid forankret i folkerettslig sedvanerett. De sakene som ICC har jurisdiksjon over er ofte så omfattende i sin natur, at de kriminelle handlinger det er snakk om ofte involverer mange gjerningsmenn på forskjellig nivå. ICCs mål er å straffe de som bærer den største delen av ansvaret for handlingene, og har derfor ofte å gjøre med ledere eller andre personer som besitter en eller annen form for autoritet. I slike tilfeller kan det være en uoverkommelig oppgave å skaffe direkte bevis for at disse lederne faktisk beordret angrepene eller deltok på annen måte.

Dette var også bakgrunnen for at kommandoansvaret kom inn i den internasjonale strafferetten. Den ble sett på som en nødvendig løsning i tilfeller hvor det var vanskelig å oppdrive direkte bevis for at ledere eller andre med kommandoansvar hadde gitt ordre eller deltatt på annen måte i den kriminelle handlingen. I teorien hersker det to ulike syn på hvordan et slikt ansvar for overordnede kan utformes. Den første er å etablere en presumpsjon for at overordnede har gitt ordrene når slike handlinger begås av dennes underordnede, og overlate det til den aktuelle overordnede å bevise at han/hun ikke har gitt slike ordrer. Til tross for at en slik ordning ville forenklet bevisproblemene betraktelig, støter den mot prinsippet om at tiltalte er uskyldig til det motsatte er bevist. I tillegg forbyr art. 67 i Romavedtektene ordninger som legger bevisbyrden over på tiltalte. Den andre måten å se kommandoansvaret på, er slik den har kommet til uttrykk i Romavedtektene art. 28. Her er det ingen presumpsjon for at overordnede har gitt ordre, men overordnede anses ansvarlig for underordnedes handlinger for sin forsømmelse ved å ikke forhindre handlingene. Det er altså en regel som straffer den overordnendes passivitet.

¹⁰⁶ Heretter kalt kommandoansvaret

¹⁰⁷ Schabas, 2006, s. 315: United states of America v. Yamashita (1948), s 36-37

I Romavedtektene art. 28 (a) står det at en militær overordnet blir "criminally responsible" for kriminelle handlinger som underordnete under hans/hennes "effective command and control, or effective authority and control" har begått "as a result of his failure to exercise control properly over such forces". Det samme gjelder for andre sivile overordnede, jf. art. 28 (b). Det avgjørende er om overordnede "knew or, owing to the circumstances at the time, should have known" at de underordnede begikk eller var i ferd med å begå handlingen, og at overordnede "failed to take all necessary and reasonable measures" i dennes makt til å "prevent or repress" de underordnedes utførelse av handlingen, jf. art. 28. (a) (i) og (ii). Det gjelder litt strengere krav når det gjelder å få dømt andre med kommandoansvar enn militære ledere. Her er "should have known" byttet ut med "consciously disregarded information which clearly indicated" at underordnede begikk eller var i ferd med å begå handlingene. Kommandoansvaret har tradisjonelt vært sett på som en meget gunstig og praktisk vei til domfellelse for de store lederne. I *Ad hoc*-tribunalenes første år ble dette kommandoansvaret sett på som anklagernes "silver bullet", men i praksis har regelen møtt større motbør enn hva som ble forutsett og blir av mange sett på som en skuffelse¹⁰⁸.

I forhold til folkemordbestemmelsen byr art. 28 og kommandoansvaret på særlige problemer. Folkemordet karakteriseres av *the special intent*. Det er denne hensikten som skiller handlingen fra andre kriminelle handlinger under ICCs jurisdiksjon. I så måte kan man si at *actus reus* og *mens rea* for folkemord henger uadskillelig sammen. Hvis en person begår drap, forsettelig og kanskje også ut fra diskriminerende motiver, er dette selvsagt en kriminell handling. Hvis handlingen er en del av et "widespread og systematic" angrep, så kan det også karakteriseres som forbrytelse mot menneskeheten. Men handlingen er ikke et folkemord, *pr definisjon*, uten at gjerningsmannen hadde "the intent to destroy, in whole or in part" en beskyttet gruppe. Når man sammenholder dette med art. 28, hvor overordnede kan dømmes skyldig til folkemord ved at han "knew, or should have known" at de underordnede begikk eller hva i ferd med å begå et folkemord, så støter man på problemer som *ad hoc*-tribunalene har slitt med løse på en uniform måte.

¹⁰⁸ Schabas, 2006, s 315

Kommandoansvar har vært problematisert i mange av *ad hoc*-tribunalenes saker, men i alle disse sakene har bevisene for at gjerningsmannen selv hadde utryddelseshensikt vært så overbevisende, så det har i grunn vært overflødig å dra inn kommandoansvaret.

I Akayesu-saken sto en borgermester tiltalt for folkemord. Her ble kommandoansvaret dratt inn, men kjernen i kommandoansvaret, nemlig om Akayesu "knew or should have known" at underordnede begikk folkemord, kom aldri på spissen ettersom Akayesus handlinger var av en slik art at han ble dømt som hovedgjerningsmann. *Trial Chamber* drøfter likevel *mens rea*-kravet for kommandoansvaret. Om *mens rea* for kommandoansvaret sier *Trial Chamber* at "it is certainly proper to ensure that there has been malicious intent, or, at least, ensure that negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent."¹⁰⁹. Det er vanskelig å få rettens uttalelser til å stemme med bestemmelsen om kommandoansvar. I rettens resonnement kan man få inntrykk av at kommandoansvar i seg selv er en kriminell handling. Dette er misledende.

Kommandoansvaret er en form for strafferettslig ansvar, en form for deltagelse i en kriminell handling hvor overordnede ikke behøver utføre handlingen, være til stedet under utførelsen, heller ikke støtte den. Den kriminelle handlingen begås av underordnede, og den overordnede blir assosiert, og ansvarlig, for den, hvis elementene i kommandoansvarsbestemmelsen er oppfylt, inkludert "knew or should have known", jf. art. 28. Når retten legger til grunn at det gjelder et krav om "malicious intent", så opererer den med et krav om at overordnede har operert aktivt og forsettelig i forhold til underordnedes handlinger, og derfra er det nærliggende å se på ham/henne som en gjerningsmann etter folkemordbestemmelsen selv eller etter medvirkningsansvaret, uten å måtte gå veien om kommandoansvaret. Og det var jo nettopp det som var tilfellet i Akayesu-saken. Omstendighetene rundt handlingene og Akayesus rolle i hendelsene var av en slik karakter at dette var bevis nok for at han hadde utryddelseshensikten som kreves i folkemordbestemmelsen.

¹⁰⁹ Prosecutor v Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para. 489.

I Stakic-saken uttalte retten at pga "the unique nature of genocide" så den det slik at "dolus specialis is required" for ansvar etter kommandoregelen også¹¹⁰. Dette er i tråd med definisjonen av folkemord, og rimelig i forhold til en som står i fare for å dømmes skyldig til folkemord, men stikk i strid med ordlyden i art. 28. *Trial Chamber* i Brdanin-saken uttrykte uenighet med dommerne i Stakic-saken og uttalte at det er "necassary to distinguish between the *mens rea* for the crimes perpetrated by the subordinates and that required for the superior." Retten sier videre at for å dømmes for folkemord via kommandoansvaret er det tilstrekkelig at "the superiors knew or had reason to know that their subordinates (1) were about to or had committed genocide and (2) that that the subordinates possessed the requisite spesific intent."¹¹¹

Det er tydelig at det hersker en viss usikkerhet rundt *mens rea*-kravet for kommandoansvaret når det gjelder folkemordforbrytelsen. Etter mitt syn taler det mest for at ICC vil følge linjen som ble lagt i Brdanin-saken, og holde seg til ordlyden i art. 28. Men i forhold til folkemordbestemmelsens *special intent*-krav er den problematisk, og man kan anta at ICC vil måtte utkrystallisere den videre for at den skal bli praktisk å anvende. Selv om den som dømmes skyldig etter art. 28 ikke er dømt skyldig til folkemord, er det likevel en dom assosiert med folkemordet. Man kan spørre seg om det er rimelig å operere med straff for passivitet når det gjelder en så alvorlig forbrytelse som folkemord. Hvis en overordnet har hatt faktisk kunnskap om de underordnedes kriminelle handling og hensikt, og derfra bevisst latt være å gripe inn, er det kanskje mer rimelig å behandle tilfellet som medvirkning til folkemord, eller i visse tilfeller dømme vedkommende overordnede som hovedgjerningsmann. De vanskelige sakene er de hvor det ikke finnes noe direkte bevis for at overordnede har hatt kunnskap. I disse tilefellene kan den overordnede dømmes for folkemord utfra at han/hun "should have known" at de underordnede begikk/var i ferd med å begå folkemord. I så fall er det en form for uaktsomhetsansvar, altså en ganske lang vei fra utryddelseshensikten som gjelder i art. 6.

¹¹⁰ Prosecutor v Stakic, *Trial Chamber*, ICTY, Decision on Rule 98bis Motion for Judgement of Acquittal, 31. oktober 2002, para 92.

¹¹¹ Prosecutor v Brdanin, *Trial Chamber*, ICTY, paras 720-721.

Det gjenstår å se hvordan ICC løser et tilfelle, hvor det ikke finnes noe direkte bevis, og man fullt og helt må lene seg på kommandoansvaret. Folkemord er kanskje den groveste av alle forbrytelser ICC har jurisdiksjon over, så man kan spørre seg om ”should have known”, en form for uaktsomhetsansvar, er en for lav terskel for en dømme noen til en forbrytelse assosiert med folkemord.

4.2.1 Kommandoansvaret – norsk rett

I straffelovkommisjonens delutredning om ny straffelov uttales det at det kan være ”tvilsomt om adgangen etter norsk rett til å straffe overordnede og personer med kommandoansvar i alle tilfeller går like langt som i vedtektene”¹¹². Etter kommisjonens forslag vil ansvaret for overordnede først og fremst bero på en tolkning av det generelle medvirkningsansvaret som foreslås i § 3-2.

Art. 28 i Romavedtektene omhandler tilfeller hvor medvirkning til forbrytelsen ikke kan bevises, men hvor overordnede blir strafferettslig ansvarlig for sin passivitet i tilfeller hvor han/hun ”should have known” at underordnede begår eller har begått folkemord. I visse tilfeller kan det tenkes at det ikke finnes noe bevis for at overordnede har deltatt i forbrytelsen på noen som helst måte annet gjennom sin unnlatelse av å gripe inn, og i slike tilfeller vil kanskje straffeansvar for den overordnede være å dra medvirkningsansvaret for langt. Det synes å herske en viss uklarhet om hvorvidt straffeansvar for en overordnet på grunn av passivitet bare kan komme på tale der den underordnete tolker passiviteten som et samtykke. Denne usikkerheten gjør at det er uvisst om medvirkningsansvaret går like langt som kommandoansvaret i art. 28, og Justisdepartementet og straffelovskommisjonen foreslår derfor at straffeloven får en egen bestemmelse som svarer til art. 28 i Romavedtektene¹¹³. Det er uheldig hvis det skulle oppstå grensetilfeller der det viser seg at adgangen til å straffe overordnede går lenger i Romavedtektene enn i norsk rett. I Ot. prp.

¹¹² NOU 2002: 4, pkt 9.2.1

¹¹³ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4, 49-50.

nr.8 (2007-2008) foreslås det en kommandoansvarsregel tilsvarende Romavedtektene art. 28. Skyldkravet her oversettes med ”visste eller burde ha visst”¹¹⁴

I St. prp. nr. 24 (1999-2000) om samtykke til ratifikasjon av Romavedtektene uttales det om art. 28 at ”should have known” ikke nødvendigvis gir uttrykk for et uaktsomhetskrav, at ”men omfatter for eksempel tilfeller hvor den overordnede forsettelig har unnlatt å gjøre seg kjent med tilgjengelige opplysningskilder”¹¹⁵. I juridisk teori konkluderer imidlertid Cassese¹¹⁶ m. fl. at ”should have known”-standarden må forstås som uaktsomhet. I Ot. prp. nr. 8 uttales det imidlertid at det dreier seg om et uaktsomhetsansvar, men at det ikke er ”tale om et objektivt ansvar”¹¹⁷. Jeg går ikke nærmere inn på tolkningen av skyldkravet i den norske kommandoansvarsregelen her. Utgangspunktet er det samme for norsk rett som det er for ICC: en overordnede kan bli strafferettslig for det tilfellet at underordnede begår et folkemord, uten at den overordnede selv hadde utryddelseshensikt.

¹¹⁴ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s. 355

¹¹⁵ St.prp. nr. 24 (1999-2000) kapittel 7, s. 98.

¹¹⁶ Casese, 2002. s. 868.

¹¹⁷ Ot. prp. nr.8 (2007-2008), s. 299

4.3 Joint criminal enterprise - fellesaksjon

Etter Romavedtektene art. 25 nr. 3, bokstav d gjelder det internasjonale straffeansvaret også bidrag til forbrytelser som begås av en gruppe som opptrer med en felles hensikt, ”common purpose”. Ordlyden ”in any other way contributes to the commission”, gjør at bokstav d oppstiller den laveste objektive terskelen for deltagelse etter art. 25. Spørsmålet her er om art. 25 nr. 3 innebærer en lavere terskel for skyld i forholdet til det som følger av art. 6.

I internasjonal strafferett har det utviklet seg en doktrine om såkalt ”joint criminal enterprise”¹¹⁸. I Tadic-dommen¹¹⁹ gir *Appeals Chamber* en fremstilling av doktrinen. *Appealchamber* uttaler at Romavedtektene art. 25, nr. 3, bokstav d i sin substans er lik JCE-doktrinen slik den har utviklet seg i den internasjonale strafferetten (”A substantially similar notion was subsequently laid down in Article 25 of the Statute of the International Criminal Court”)¹²⁰. Man bemerker likevel at det ikke er sikkert at ICC vil praktisere denne bestemmelsen i overensstemmelse med JCE-doktrinen slik den har blitt praktisert av *ad hoc* domstolene for det tidligere Jugoslavia og Rwanda. Det er likevel grunn til å anta at ICC vil følge den praksis som er lagt til grunn av *ad hoc*-tribunalene.

I Tadic-saken uttaler retten videre at den tolker praksis rundt JCE-doktrinen dit hen at det finnes tre ulike kategorier av ansvarsformen JCE:

- (i) I den første kategorien deler alle de tiltalte den samme kriminelle intensjonen, men har ulike roller.
- (ii) I den andre kategorien som *Appeals Chamber* refererer til som ”the concentration camp cases”, er tiltalte en person som har hatt en eller annen autoritetsposisjon i hierarkiet til gruppen som har det felles kriminelle målet. Her har tiltalte deltatt i et felleskap hvis ”common design” er å utføre en av de kriminelle handlingene domstolen har jurisdiksjon over.

¹¹⁸ Heretter kalt JCE

¹¹⁹ Prosecutor v Tadic, *Appeals Chamber*, ICTY, 1999

¹²⁰ Ibid, para 222.

- (iii) Den tredje kategorien er de saker hvor en gruppe har et felles formål, men hvor en av deltagerne begår handlinger som ligger utenfor det felles formålet, men som likevel var en naturlig og forutsigbar ("natural and foreseeable") konsekvens av handlingene som ble begått for å oppnå gruppens felles formål.¹²¹

Kategori (iii) støter på særlige problemer i forhold til det spesielle hensiktskravet for folkemord. Ved forbrytelser hvor skyldkravet er vanlig forsett, kan en slik JCE-doktrine være hensiktsmessig: her deltar en person forsettelig i en virksomhet som har et felles kriminelt formål, og må bære individuelt ansvar for en handling begått av en av de andre som var en naturlig og forutsigbar konsekvens av de handlingene som gruppen begikk for å nå sitt kriminelle mål. Som redegjort for tidligere i oppgaven, karakteriseres folkemordforbrytelsen av gjerningsmannens utryddelseshensikt. Å anvende JCE-doktrinen kategori (iii) i forhold til folkemord, innebærer en risiko for å dømme personer som ikke oppfyller ett av lovens *mens rea*-krav, nemlig det spesielle hensiktskravet. Selv hvor det var en naturlig og forutsigbar konsekvens at en av de andre medlemmene kom til å begå et folkemord, og den tiltalte tross dette deltok forsettelig i bedriften, har han/hun likevel ikke oppfylt hensiktskravet i art. 6. Hvis tiltalte, etter å ha ervervet kunnskap om den andre personens hensikt om å utrydde en beskyttet gruppe, fortsetter å delta gjennom å bidra til handlingen psykisk eller fysisk, kan denne dømmes for folkemord eller medvirkning til folkemord uten at man må gå veien om JCE-doktrinen.

I Brdjanin-saken la *Trial Chamber* til grunn at den lavere terskelen for *mens rea* i kategori (iii) av JCE-doktrinen ikke var kompatibel med det strenge hensiktskravet for folkemord. *Appeals Chamber* avviste imidlertid dette, og uttalte at kategori (iii) ikke er "an element of a particular crime. It is a mode of liability through which an accused may be individually criminally responsible despite not being the direct perpetrator of the offence"¹²². Dommer Shahabuddeen kom med dissenterende kommentarer til de øvrige dommernes begrunnelse for ikke å gi medhold i anken. Han uttalte bl.a at det er "necessary to show intent but that

¹²¹ Prosecutor v Tadic, *Appeals Chamber*, ICTY, 1999, para 185 flg

¹²² Prosecutor v Brdjanin, Decision on interlocutor appeal, ICTY, para 5

intent is shown by the particular circumstances of the third category of joint criminal enterprise”.¹²³ Den dissenterende dommeren mener altså at det uansett må bevises spesiell hensikt, men at i kategori (iii)-tilfeller må denne hensikten vise seg ved at gjerningsmannen kunne forutse konsekvensen (folkemord) og var likevel villig til å delta i det kriminelle felleskapet. Denne tilnærmingen er kanskje den mest hensiktsmessige, ettersom man her holder seg til hensiktskravet som er folkemordets karakteriserende element. Dog kan det være tvilsomt om man kan si at noen har hatt den spesielle hensikten ved at de kunne forutse en mulig konsekvens som ikke var en del av den kriminelle gruppens formål.

Det er likevel verdt å understreke det som ble sagt i para. 223 i Tadic-dommen om at det slett ikke er sikkert at ICC følger opp aspektene ved JCE-doktrinen slik den er anvendt i Brdjanin-saken.

4.3.1 Joint criminal enterprise – norsk rett

I norsk rett anses avtaler om å begå forbrytelser som en form for psykisk medvirkning. Både i høringsnotatet¹²⁴ og i Ot. prp.nr. 8¹²⁵ vises det til Rt. 1974 s. 1042, hvor det blir uttalt:

”Også en medvirker blir så vel når det gjelder de objektive som subjektive straffbarhetsvilkår bare å bedømme etter eget forhold. Dette utelukker etter min mening ikke at hvert enkelt medlem av en gruppe kan bli strafferettslig ansvarlig for samtlige lovovertridelser som gruppens øvrige medlemmer begår. Forutsetningen må imidlertid være at det uttrykkelig eller underforstått foreligger en forhåndsavtale om deltagelse i de straffbare handlinger, og at avtalen fyller kravene til fysisk eller psykisk medvirkning til disse”.

Departementet antar at det norske medvirkningsansvaret reelt sett dekker de situasjoner som omfattes av Romavedtektene art. 25 nr. 3 bokstav d.

¹²³Prosecutor v Brdjanin Separate opinion of judge Shahabuddeen, para 5

¹²⁴ Høringsnotat, april 2007, høringsinstansenes merknader til høringen i NOU 2002: 4, s. 18

¹²⁵ Ot. prp. nr. 8 (2007-2008), s. 71

Som allerede nevnt uttalte *Appeals Chamber* i Tadic-saken at JCE-doktrinen omfattet tilfeller hvor ansvaret utvides til å omfatte handlinger utenfor den felles plan eller hensikt, men som er en naturlig og forutsigbar konsekvens av handlingene som begås for å realisere gruppens formål. Dette må også anses dekket i norsk rett etter Rt. 1948 s. 13 og Rt. 1995 s. 1228 (Andrawes-saken). I den sistnevnte saken var spørsmålet om Andrawes kunne utleveres til Tyskland for å bli straffeforfulgt for deltagelse i en flykapring. Under flykapringen ble en person drept, og Høyesterett fant at det å delta i en flykapring av en slik karakter, gjør at man har et medvirkningsansvar for drap som skjer under kapringen, med mindre det ikke foreligger spesielle omstendigheter som peker i motsatt retning. I høringsnotatet trekker Justisdepartementet den slutning at Høyesterett gjennom disse sakene har etablert et medvirkningsansvar for handlinger som er naturlige og forutsigbare konsekvenser av en forbrytersk virksomhet.

Som redegjort for i kapittel 5.2 er JCE-doktrinen, og antagelig også Romavedtektene art. 25 nr. 3 bokstav d problematisk i folkemordstilfeller. Dette diskuteres ikke særskilt i høringsnotatet eller i Ot. prp. nr. 8. Departementet konkluderer med at det ikke er noe behov for noen særskilt regulering av medvirkningsansvaret på bakgrunn av Romavedtektenes art. 25 nr. 3 bokstav d. Den norske advokatforeningen uttaler imidlertid i en respons til høringsnotatet at det ikke er sikkert at ICC vil følge ICTYs tolkning av JCE-doktrinen hvor en medvirker kan straffes for handlinger som går utenfor den felles plan, men som er en naturlig og forutsigbar konsekvens av den felles hensikt. Derfor er det en viss risiko for at ”det kan bli et strengere medvirkeransvar etter norsk rett, noe det neppe er grunn til å legge opp til”¹²⁶. Dette synspunktet er jeg enig i. Kanskje er det mest hensiktsmessig å ta inn en bestemmelse tilsvarende art. 25 nr. 3 bokstav d, og la ICCs rettsanvendelse på område være veiviser i forhold til hva som skal gjelde i norsk rett.

¹²⁶ Advokatforeningens respons til departementets høringsbrev, 5. juni 2007.

5 Bevis for utryddelseshensikt

5.1 Hvilke bevisfaktorer har blitt vektlagt i praksis?

I folkemordsaker kan bevisvurderingene bli særlig vanskelig, ettersom det må bevises at gjerningsmannen har handlet med en spesiell hensikt om å utrydde hele, eller deler av en beskyttet gruppe. Uten tilståelse er det en nesten umulig oppgave å slå fast en slik mental størrelse utover enhver rimelig tvil. Verdenssamfunnets fordømmelse, som alltid ligger bak når noen dømmes for folkemord, må gjenspeiles i beviskravene, slik at man ikke risikerer å utsette feil person for en slik massiv fordømmelse. På den andre siden er det viktig for det internasjonale samfunnet at det eksisterer effektive fullbyrdselsesmekanismer når et folkemord er begått, og at de ansvarlige dømmes for sine ugjerninger.

ICTY og ICTR har behandlet mange saker der folkemord var et av tiltalepunktene. I Akayesu-saken uttrykte retten at bevisspørsmålet i en folkemordsak er komplisert, ettersom det er nærmest umulig å oppdrive konkrete og sikre holdepunkter for at gjerningsmannen har hatt denne spesielle hensikten ("the chamber considers that intent is a mental factor which is difficult, even impossible, to determine"¹²⁷). På bakgrunn av dette uttaler retten at "special intent" kan sluttes fra et antall faktiske presumsjoner. *Trial Chamber* anser det som mulig å utlede den spesielle hensikten fra handlingenes generelle kontekst, inkludert andre systematisk angrep mot gruppen, uavhengig av om tiltalte har deltatt i disse eller ikke. Retten lister opp andre faktorer som kan forsvare en slutning om at gjerningsmannen har hatt utryddelseshensikt: grusomhetenes omfang, handlingenes natur og om ofrene har blitt valgt systematisk og forsettelig ut fra deres gruppetilhørighet. Videre legger retten til grunn at det faktum at gjerningsmannen har begått andre overgrep mot gruppen som ikke dekkes av *actus reus* i folkemordbestemmelsen, men som man kan anta at han/hun selv regner som angrep av en slik art at det rammer gruppens fundament, er en faktor som vektlegges tungt i vurderingen av om gjerningsmannen har hatt den spesielle hensikten¹²⁸.

¹²⁷ Akayesu, *Trial Chamber*, ICTR, para 523

¹²⁸ Ibid, para. 524

I Kayishema-saken understreker *Trial Chamber* at selv om det ikke eksisterer noe krav i den objektive gjerningsbeskrivelsen om et visst antall drepte, er likevel det faktum at angrepet har resultert i et stort antall drepte et tungtveiende bevis for utryddelseshensikt. Retten uttaler at det heller ikke er noe krav om at det må foreligge en plan forut for folkemordet, eller at det ligger en organisasjon bak. I de tilfeller hvor det kan bevises at handlingene faktisk var et resultat av en organisasjons systematiske planlegging, vil dette imidlertid være sterke indikasjoner på at tiltalte har handlet med den spesielle hensikten som kreves.¹²⁹

5.2 "Beyond reasonable doubt", jf. Romavedtektene art. 66(3)

Som nevnt i kapittel 2 gjelder det egne prinsipper på i den internasjonale strafferetten som kan komme i konflikt med effektivitetsprinsippet som gjelder i folkeretten for øvrig. Dette kommer på spissen i forhold til traktattolkning, der Wienkonvensjonen art. 31 og 32 gir uttrykk for et formålsrettet tolkningsprinsipp. Som nevnt må den internasjonale strafferettens prinsipper regnes som *lex specialis* i forhold til de prinsipper som gjelder i folkeretten generelt. Når det gjelder å bevise en internasjonal forbrytelse for ICC er man virkelig inne i kjernen av denne konflikten mellom prinsipper, ettersom det her snakk om en ren straffesak som kommer opp for en internasjonal domstol. Selv om strafferettens kjerneprinsipper slår inn med full tyngde, kan forholdets internasjonale karakter likevel gjøre at resultatet blir annerledes enn i den ordinære strafferetten.

Dommerne har løst bevisutfordringene ved å legge faktiske presumsjoner til grunn, slik at utryddelseshensikten utledes fra faktiske omstendigheter. Det er av stor viktighet at folkemordbestemmelsen virker som en faktisk trussel og ikke bare et upraktisk symbol, og *ad hoc*-tribunalene har med sine domfellelser for folkemord vist at bestemmelsen faktisk er praktisk anvendelig. Folkemordforbrytelsen er samtidig en så alvorlig forbrytelse det kan virke urimelig at en fellende dom bygger på indirekte bevis for utryddelseshensikt. Denne

¹²⁹ Prosecutor v Kayishema et al, *Trial Chamber*, ICTR, Para. 93.

hensikten er jo nettopp det elementet som skiller forbrytelsen fra alle andre forbrytelser. Likevel, siden det å skaffe til veie direkte bevis for en slik hensikt i realiteten vil være umulig, synes slik indirekte bevisførsel å være rimelig og nødvendig.

Kravet om at skyld skal bevises "beyond reasonable doubt", jf. art. 66, gjør imidlertid at kravene til denne bevisvurderingen er veldig strenge. De faktiske omstendighetene som det vises til i bevisvurderingen må være tilstrekkelig entydige for at man skal kunne utlede en utryddelseshensikt. I de fleste sakene som kom opp for ICTY og ICTR har de aktuelle konfliktenes karakter gjort det mulig å skaffe til veie mange og tungtveiende faktiske indikasjoner på at gjerningsmennene hadde handlet med utryddelseshensikt. Særlig pekte konflikten i Rwanda entydig i retning av at det faktisk hadde funnet sted et folkemord. ICTY har imidlertid blitt kritisert for å ha lagt terskelen for å bevise den spesielle hensikten for høyt. Særlig fikk det faktum at Jelesic og Stakic ikke ble dømt for folkemord, mange til å uttale at terskelen var satt altfor høyt.

En person som dømmes for folkemord utsettes for det internasjonale samfunns ytterste fordømmelse. Derfor må det stilles strenge krav til bevisene i en slik sak. I praksis har man innført visse unntak for hensiktskravet, f.eks for medvirkning. (se kapittel 4). Dette har blitt kritisert, siden det kan sees som et uttrykk for at en dom for medvirkning til folkemord innebærer en lavere grad av fordømmelse. Særlig avstedkom det slik kritikk i forbindelse med Milosevic-saken. Milosevic regnes som hovedlederen bak mange av grusomhetene i det tidligere Jugoslavia. At han "bare" ble tiltalt for medvirkning, slik medvirkningsregelen har utviklet seg, ble oppfattet som respektløst overfor ofrene. Man kan spørre seg om det ikke er mer hensiktsmessig å senke terskelen for å bevise den spesielle hensikten, slik at en dom for medvirkning kan likestilles med en dom for folkemord. Samantha Power uttrykker i sin Pulitzer-vinnende bok at terskelen for å bevise en utryddelseshensikt er satt for høyt, og at "Lemkin specifically did not try to equate genocide with the holocaust".¹³⁰ Problemstillingen er vanskelig, og kan best løses av ICC gjennom konkrete vurderinger,

¹³⁰ Power, 2002, sitert etter Stacy Sullivan, 2004.

hvor den aktuelle sakens særegenheter setter rammene for den mest hensiktsmessige tolkningen.

6 Avslutning

Denne oppgaven har omhandlet det spesielle hensiktskravet som gjelder i Romavedtektene art. 6 om folkemord. Dels har jeg (i) søkt å redegjøre for det gjeldende rett på området, herunder (ii) om det finnes noen unntak fra dette strenge *mens rea*-kravet, og dels har jeg tatt for meg (iii) hvilke bevismessige utfordringer et slikt hensiktskrav medfører. I tillegg har jeg (iiii) knyttet drøftelsene opp mot den norske rettstilstanden når det gjelder folkemord, med særlig fokus på hvordan de kommende norske straffebestemmelsene vil samsvare med de aktuelle artiklene i Romavedtektene.

Folkemordbestemmelsens krav om at handlingene må begås med "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such" kan deles opp i to elementer. For det første må hensikten rette seg mot en gruppe som er beskyttet, for det andre mot hensikten gå ut på å ødelegge den aktuelle gruppen, "in whole or in part".

Folkemordforbrytelsen kan i mange tilfeller overlappe forbrytelser mot menneskeheten, særlig "persecution". Forskjellen er imidlertid, foruten det spesielle hensiktskravet, at ved folkemord kreves det ikke at handlingene må være en del av et "widespread or systematic attack". Dette betyr i teorien at folkemord i teorien kan begås av en person, og at det faktiske antall ofre ikke behøver å være omfattende. (Dog er det et uavklart spørsmål om det er tilstrekkelig at bare én er drept/påført alvorlig skade). *Elements of Crimes* art. 6 (a), pkt. 4 har skapt en del forvirring ved at den oppstiller et krav om at folkemordhandlingene må være en del av et "manifest pattern of similar conduct". Det er imidlertid klart dette ikke er et materielt krav for folkemordforbrytelsen, men må sees som en prosedyreregulering som kan begrense ICCs jurisdiksjon til tilfeller hvor det har vært et slikt mønster.

Det er ikke nok at gjerningsmannen har handlet med kunnskap om konsekvensene. Gjennom rettspraksis er det slått fast at det må foreligge et hensiktsforsett, ikke bare et

kunnskapsforsett. Dette følger etter min mening også av en naturlig forståelse av ordlyden. Hensikten må imidlertid ikke blandes sammen med motiv. Dette er to ulike mentale størrelser, og det ligger ikke noe krav om motiv i *special intent*-kravet.

Til tross for at ICTR åpnet for utvidende tolkning av gruppebegrepet i folkemordbestemmelsen, har det etter hvert etablert seg enighet om at listen over beskyttede grupper i folkemordbestemmelsen er uttømmende. Domstolene har imidlertid beveget seg mot en subjektiv tilnærming av problemstillingen. Man kan spørre om det er rimelig at folkemordforbrytelsen begrenses til tilfeller hvor gjerningsmannens hensikt retter seg mot en av de opplistede gruppene, i stedet for å la gjerningsmannens hensikt om å utrydde en utpekt gruppe, helt og fullt avgjøre om det er begått et folkemord.

Det er ikke avgjørende om det faktisk er oppnådd en hel, eller delvis, utryddelse. Det avgjørende er gjerningsmannens hensikt. Hensikten må rette seg mot fysisk eller biologisk ødeleggelse, men kanskje vil ICC legge til grunn et videre ødeleggelsesbegrep. Det avgjørende bør kanskje være om hensikten retter seg mot en ødeleggelse som truer gruppens identitet som sådan. En slik utvikling bør imidlertid skje gradvis, slik at regelen hele tiden er forutsigbar og ikke støter an mot legalitetsprinsippet. Uttrykket ”in part” i art. 6, er blitt tolket som et krav om at hensikten må rette seg mot en vesentlig del av gruppen. (”substantial”¹³¹). Hva som nærmere ligger i dette må vurderes fra sak til sak. I praksis har det også blitt åpnet for en kvalitativ tilnærming her.

Romavedtektene åpner imidlertid også for å kunne dømme for folkemord, eller folkemordrelaterte handlinger, uten at det kreves spesiell hensikt. Dette gjelder medvirkningshandling, overordnede ansvar for underordnede handlinger og fellesaksjonstilfellene. Etter min mening kan slike unntak slå uheldig ut i visse tilfeller. Vel å merke er ikke det å bistå med medvirkningshandling eller å forsømme kommandoansvaret regnet som likestilte med selve folkemordhandlingen. Virkeligheten er imidlertid slik i den internasjonale strafferetten at det ikke nødvendigvis er den som utfører

¹³¹ Prosecutor v Jelesic, *Trial Chamber*, ICTY, para 82

handlingene som har hatt størst skyld. For det første er dom for folkemord eller folkemordrelaterte handlinger et uttrykk for den ytterste fordømmelse, noe som bør gjenspeiles i skyldkravet. Ikke bare av hensyn til tiltalte, men også for å opprettholde folkemordinstituttets karakter av å være en som forfølger det groveste overtrampet mot verdenssamfunnet. For det andre kan en lavere skyldterskel gi det feilaktige signalet til ofrene at den dømtes handlinger ikke er like straffverdige som hovedgjerningsmannens. På den andre siden innebærer lavere skyldterskel for visse handlinger større sjanse for å få dømt personer som har bidratt til et folkemord. Paradoksalt nok kan denne lavere terskelen være en fordel for tiltalte siden fordømmelsen blir mindre. Som nevnt tidligere har ofte folkemordsaker motsatt utgangspunkt enn de tradisjonelle straffesaker hvor utgangspunktet ofte er at hovedgjerningsmannen er den som har utvist størst skyld. Medvirkere som for eksempel Milosevic og Eichmann har avgjørende roller for utførelsen av folkemordet til tross for at de ikke personlig utfører forbrytelsens objektive elementer. Medvirkere av denne typen har i mange tilfeller hatt klarere utryddelseshensikt enn de som faktisk utfører folkemordet. I slike tilfeller bør dommen gjenspeile dette fullt ut. Kanskje bør terskelen for når den spesielle hensikt anses bevist senkes i forhold til den terskelen ICTY har operert med. Det bør ikke stilles så strenge krav at det trengs et nytt Holocaust eller et nytt Rwanda for å bevise at angrep blir utført med utryddelseshensikt.

Dystre minner fra 1990-tallet understreker behovet for en permanent internasjonal straffedomstol. *Ad hoc*-tribunalene har vist at folkemordbestemmelsen er praktisk anvendelig, og det er viktig at ICC viderefører denne utviklingen. Folkemord kan tenkes å bli begått nye og uvante former i fremtiden. Da er det viktig at ICC utvikler sin rettsanvendelse i takt med den skiftende virkeligheten, slik at domstolen hele tiden kan virke som en preventiv trussel og som en rettferdighetsoppbyggende institusjon når folkemord har funnet sted.

Det er på høy tid at det innføres norske straffebestemmelser tilsvarende dem i Romavedtektene. Selv om de konkrete handlingene som utgjør et folkemord har vært dekket av våre ordinære straffebestemmelser, er det viktig at Norge har bestemmelser som

gjør det mulig å dømme personer for folkemord når de subjektive og objektive vilkårene for dette er oppfylt. Folkemordbestemmelsen beskytter andre verdier enn for eksempel drapsbestemmelsen. At en dom gjenspeiler folkemordets enorme dimensjon er viktig, ikke bare for ofrene, men for hele verdenssamfunnet.

7 Litteraturliste

7.1 Bøker

Innføring i rettsstudiet

Mads Henry Andenæs, 1997

Rettskildelære

Torstein Eckhoff, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, 2001

An Introduction to the International Criminal Court,

William A. Schabas, 2001.

The UN International Criminal Tribunals, The former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone

William A. Schabas, 2006

Principles of International Criminal Law, 2005

Gerhard Werle, 2005

International Criminal Law

Antonio Cassese, 2003

The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary

Antonio Cassese m.fl, 2002

Forbrytelse og straff, Bind I: Innføring i strafferett

Svein Slettan, Toril Marie Øie, 2001

Innføring i folkerett,

Morten Ruud og Geir Ulfstein, 3. utgave, 2006

The History and Sociology of Genocide; Analyses and case studies

Frank Chalk, Kurt Johansohn, 1990

7.2 Artikler og elektroniske dokumenter

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004
<http://www.reliefweb.int/library/documents/2005/un-ici-sud-25jan.pdf> (lastet ned 12.10.2007)

Has the Prosecution Made the Case?,
Stacy Sullivan 19. feb 2004, på: <http://www.fpif.org/fpiftxt/1162> (sitater hentet 23.10.2007)

Report of the International Law Commission on the work of its forty-eight session,
International Law Commission, 6. mai-26.juli, 1996, fra ILC's hjemmeside:
<http://www.un.org/law/ilc/> (sitater hentet 1.11.2007)

Straffebestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser,
Advokatforeningens respons til justisdepartementets høringsbrev 5. juni, 2007, fra
Advokatforeningens hjemmeside: <http://www.jus.no/index.gan?id=62812> (sitater hentet 1.11.2007)

pressemelding nr.35: Høring om nye straffebestemmelser, Folkemord, Krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten,
Justis- og politidepartementet, 3. april, 2007, fra Regjeringens hjemmeside: Justis- og politidepartementet
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/pressesenter/pressemeldinger/2007/Folkemord-forbrytelser-mot-menneskeheten.html?id=462213> (sitater hentet 21.10.2007)

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: Fundamental principles concerning the elements of genocide

Amnesty International, 1999, fra:

[http://www.amnesty.org.ru/library/pdf/IOR400011999ENGLISH/\\$File/IOR4000199.pdf](http://www.amnesty.org.ru/library/pdf/IOR400011999ENGLISH/$File/IOR4000199.pdf)

(lastet ned 1.10.2007)

GA Res 96(I) *THE CRIME OF GENOCIDE*

UN General Assembly, 1946, fra:

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>

The principle of complementarity: The relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions

Jo Stigen (doktoravhandling), Det juridiske fakultet, Oslo, 2006.

7.3 Forarbeider

Ot.prp. nr. 8 (2007-200),

Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2004 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet og offentlig myndighet)

NOU 2002: 4,

Forslag om ny straffelov, Straffelovkommisjonens delutredning VII

Høringsnotat, Lovavdelingen april 2007, saksnr. 200701831 EO HI/TRR, høringsinstansenes merknader til NOU 2002: 4

St.prp.nr.24 (1999-2000)

Om samtykke til ratifikasjon av vedtektene av 17. juli 1998 for Den internasjonale straffedomstolen ("Romavedtektene")

Ot.prp. nr.95 (2000-2001)

Om lov om gjennomføring i norsk rett av Den internasjonale straffedomstolens vedtekter 17. juli 1998(Roma-vedtektene)

7.4 Konvensjoner

Rome Statute of the International Criminal Court, 17. juli 1998.

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 25. mai, 1993.

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 8. November, 1994.

Convention on the Prevention and Punishment for the Crime of Genocide, av 9. desember 1948

Vienna Convention on The Law of Treaties, 23. mai, 1969

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 23. mars, 1976

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november, 1950

7.5 Domsregister

7.5.1 ICTY

Prosecutor v Blagojevic (Case No. IT-02-60) Trialschamber, 17. januar 2005

Prosecutor v Brdjanin (Case No. IT-99-36) Appealschamber, 19. mars 2004

Prosecutor v Jelesic (case No. IT-95-10) Trialchamber, 14. desember 1999, Appealchamber 5. juli 2001

Prosecutor v Krstic (case No. IT-98-33) Trialchamber 2. august 2001, Appealchamber 19. april, 2004.

Prosecutor v Milosevic (Case No IT-02-54), Trialchamber, Decision on motion for judgement of acquittal, 16. juni, 2004

Prosecutor v Sikirica et al (Case No. IT-95-8) Trialchamber, 13. November 2001

Prosecutor v Tadic (case No. IT- 94-1) Trialchamber 11. November 1999, Appealschamber 15. juli 1999

7.5.2 ICTR

Prosecutor v Akayesu (Case No. ICTR-96-4) Trialchamber 2. September 1998

Prosecutor v Bagaragaza (Case No, ICTR-2005-86), Decision on the prosecution motion for referral to the kingdom of Norway, 19. mai, 2006.

Prosecutor v Kayishema and Ruzindana (Case No. ICTR-95-1) Trialchamber 21. mai 1999

Prosecutor v Kambanda (Case No. ICTR 97-23-s) Trialchamber, 4. September 1998.

Prosecutor v Musema (Case No ICTR-96-13) Trialchamber 27. januar 2000

Prosecutor v Rutaganda (Case No. ICTR-96-3) Trialchamber 6. desember 1999

7.5.3 Norske dommer:

Rt. 1948 s. 13

Rt. 1974 s. 1042

Rt. 1995 s. 1228 (Andrawes-saken).

7.5.4 Annen rettspraksis

A-G Israel v Eichmann, (1968) 36 ILR 18 (District Court, Jerusalem)

ICJ, Corfu Channel case (United Kingdom og Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgement of 9. april, 1949

ICJ, Libya v Chad, Case concerning the territorial dispute, 3. februar 1994